

Media Innovators en Auteursrecht

Rol en betekenis van auteursrechtregimes
en juridische cultuur in de VS en Europa

Oktober 2018

Auteurs

Kelly Breemen
Paul Rutten



Auteurs: Kelly Breemen & Paul Rutten

Inhoudelijke Review: Maarten Brinkerink (Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid)

Het onderzoek werd afgerond op 3 september 2018.

Dit is een publicatie van het Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid in het kader van het project Dutch Media Innovators (2017-2018) ondersteund door de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland van het Ministerie van Economische Zaken en Landbouw.



ISBN: 978-90-77806-30-2

Op de publicatie is een Creative Commons Naamsvermelding-licentie van toepassing. Deze publicatie mag worden bewerkt, doorgestuurd, geüpload, gedownload, gekopieerd en anderszins verspreid, zolang de titel van de publicatie en de namen van de makers vermeld worden. De gehele licentietekst is te vinden op: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



© Oktober 2018.

OVER DE AUTEURS

Kelly Breemen is recent gepromoveerd aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) van de Universiteit van Amsterdam. Ze doet onder andere onderzoek op het gebied van intellectueel eigendomsrecht, cultureel erfgoed, mensenrechten en mediarecht.

Paul Rutten is onderzoeker op het terrein van creatieve industrie, media en innovatie. Hij is programmadirecteur van het Kenniscentrum Creating 010 van Hogeschool Rotterdam en lector Creative Business. Daarnaast is hij eigenaar van Paul Rutten Onderzoek.



SAMENVATTING

Dit rapport bevat de resultaten van een verkenning van de verschillende regimes op het terrein van auteursrecht tussen Europa en de Verenigde Staten. Deze verkenning richt zich in het bijzonder op de wijze waarop deze verschillende regimes van invloed zijn op de praktijk van Nederlandse innovatieve mediabedrijven die actief zijn, of willen zijn, op de Amerikaanse mediamarkt. Het uitgangspunt daarbij is dat geconstateerde verschillen tussen de auteursrechtelijke regimes op beide continenten een relevante invloed hebben op de innovatie- en exploitatiemogelijkheden van Nederlandse mediabedrijven in de Verenigde Staten.

DRIE TYPEN INNOVATIEVE MEDIABEDRIJVEN

Met het oog op het doel van de verkenning is een typologie van innovatieve mediabedrijven ontwikkeld die ons in staat heeft gesteld de centrale onderzoeksvragen van deze verkenning beter te beantwoorden. Uiteindelijk resulteren drie categorieën mediabedrijven met verschillende businessmodellen die we in deze verkenning hebben gebruikt: mediatech bedrijven, digital design agencies en contentbedrijven. De eerste categorie ontwikkelt voornamelijk technische oplossingen die mediabedrijven in staat stellen hun digitale proposities te ontwikkelen en op de markt aan te bieden. Digital design agencies opereren binnen het reclamewezen waar ze voor merken hun strategie en identiteit uitwerken in digitaal aanbod, en daarbij uitgaande van merkidentiteiten en -concepten, nieuwe diensten ontwikkelen en ontwerpen. Zowel digital design agencies als mediatech bedrijven werken in opdracht voor specifieke klanten. Contentbedrijven zijn actief als producent van audiovisuele content en mediaformats en exploiteren die op uiteenlopende wijze, als hun bronnen van waarde, onder meer op de mediamarkt door de rechten erop te exploiteren bij uiteenlopende klanten, in het bijzonder omroepen, maar zij niet uitsluitend. Mediatech bedrijven en digital design agencies baseren hun verdien capaciteit vrijwel volledig op het *works made for hire* model. De verdien capaciteit van contentbedrijven stoelt bijna volledig op de exploitatie van creatieve assets gebaseerd op het auteursrecht dat daaraan bij wet, internationaal verbonden is.

Om focus aan te brengen in de verkenning van de auteursrechtregimes in de Verenigde Staten en Europa hebben we ons gericht op een drietal producten en diensten en daaraan gekoppelde markten: (1) games en software, (2) digital design en (3) content en formats. Voor iedere geografische context hebben we onderzocht wat de inhoud van de verschillende rechtenregimes is voor wat bescherming van de werken betreft die tot elk van deze drie categorieën behoren, alsook de wijze waarop het gebruik daarvan door bedrijven als onderdeel van hun producten en diensten mogelijk is.

TWEE AUTEURSRECHTSYSTEMEN

We hebben vastgesteld dat rechtssystemen op beide continenten wortelen in verschillende juridisch historische tradities. Voor Europa geldt de natuurrechtelijke traditie, en die van de *droit d'auteur* of persoonlijkheidstheorie. Dat leidt in wet- en regelgeving tot een sterke nadruk op de persoon van de auteur en een op zijn of haar creatie gerichte benadering, met een nadruk op

bescherming en een gelimiteerde lijst van uitzonderingen op het auteursrecht. De Amerikaanse benadering staat te boek als een utilitaristische traditie, wat vertaald is in *copyright* wet- en regelgeving. Daarbij gaat het vooral om het organiseren van markten en het mogelijk maken van economisch verkeer. Efficiëntie-overwegingen staan centraal en er is een focus op verspreiding van werken met het oog op nut voor de samenleving als geheel. Daarom worden exclusieve rechten van rechthebbenden, die de creatie van nieuwe werken moeten stimuleren, niet breder geformuleerd dan noodzakelijk. In de uitzondering op het auteursrecht gaat het Amerikaanse stelsel uit van een open norm, *fair use*, waarbij juridisch getoetst wordt of er sprake kan zijn van een concrete uitzondering op het auteursrecht. De huidige praktijk laat zien dat het Europese systeem steeds vaker utilitaristische uitgangspunten en motieven in haar wet- en regelgeving introduceert. Van een opname van principes uit de Europese *droit d'auteur* traditie in het Amerikaanse systeem is daarentegen nauwelijks sprake.

EUROPA

Auteursrechtelijke bescherming wordt in Europa toegekend aan een *origineel werk* van letterkunde, wetenschap of kunst. Originaliteit is uitgelegd door de Europese rechter als geldend voor eigen intellectuele scheppingen, waarvan sprake is op het moment dat deze de persoonlijkheid van de auteur reflecteert. Een algemeen kernprincipe is dat onderliggende ideeën en principes niet worden beschermd, maar alleen de *expressie* daarvan.

Vanuit de onderliggende, op het natuurrecht gebaseerde, auteursrechttraditie, is binnen het Europese systeem een aantal strikte en gedetailleerde beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht geformuleerd. Deze zijn, met het oog op de verschillende nationale auteursrechttradities, als een limitatieve, optionele lijst opgenomen in de Europese Infosoc Richtlijn. Innovatieve mediabedrijven kunnen zich op de verschillende beperkingen en uitzonderingen beroepen wanneer ze zonder expliciete vorm van toestemming vooraf *gebruik* willen maken van (delen van) werken van anderen, bijvoorbeeld door een beroep op citaatrecht en parodie. Flexibiliteit binnen de uitzonderingen kan slechts beperkt gevonden worden door middel van interpretatie en uitleg van de limitatieve lijst. Wanneer bedrijven geen beroep kunnen doen op een van de expliciet geformuleerde uitzonderingen wordt recht op gebruik voor bepaalde doelen doorgaans geregeld op contractuele basis tegen een vergoeding.

Voor de bescherming van *software* geldt als uitgangspunt dat de onderliggende ideeën en beginselen die de basis vormen voor de logica, algoritmes en programmeertalen niet beschermd zijn. Functionaliteit is niet beschermd, maar alleen specifieke uitdrukkingswijzen, ofwel: bescherming hangt af van, en geldt voor, de (creatieve) stappen die genomen zijn om tot die bepaalde expressie te komen. Grafische gebruikersinterfaces vallen niet onder het software-auteursrecht, omdat die niet tot reproductie van het computerprogramma zelf kunnen leiden. 'Regulier' auteursrecht is hier mogelijk wel van toepassing, mits aan het originaliteitscriterium is voldaan, en de interface niet slechts door technische functionaliteit wordt bepaald. Voor videogames heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat de Softwarerichtlijn niet geldt, omdat de reikwijdte van deze richtlijn beperkt is tot computerprogramma's, terwijl videogames volgens het Hof 'complex' materiaal vormen. Grafische en geluidselementen zouden, ook al zijn ze in computertaal gecodeerd, gelden als auteursrechtelijk beschermde werken en bovendien,

wanneer ze bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het werk, samen met het 'volledige werk' bescherming genieten onder het 'reguliere' auteursrecht.

Voor *digital design* – producten en diensten die zowel software als creatieve content bevatten – zijn meerdere scenario's denkbaar voor bescherming, afhankelijk van de kenmerken van de specifieke diensten of producten. Software, mits voldaan is aan de beschermingsvoorwaarden, valt onder de auteursrechtelijke *lex specialis* van de Softwarerichtlijn, met uitzondering van functioneel bepaalde aspecten. Interface en 'audiovisuele elementen' vallen niet onder software regelgeving, maar kunnen – wederom mits voldaan aan beschermingsvoorwaarden zoals originaliteit en er sprake is van expressies, en niet slechts ideeën – beschermd worden onder het 'reguliere auteursrecht'. Hetzelfde geldt voor creatieve content in het algemeen. Echter, de Europese rechter heeft voor games als 'complex materiaal' de Softwarerichtlijn expliciet buiten beschouwing gelaten en geoordeeld dat deze als geheel auteursrechtelijk beschermde werken onder de regeling van de Infosoc Richtlijn vallen. Volgens deze opvatting zou digital design, als 'complex materiaal', dus eveneens buiten de Softwarerichtlijn kunnen vallen. In conclusie zijn dus meerdere scenario's denkbaar: bron- en doelcode kunnen beschermd zijn als computerprogramma's, terwijl originele interface onder het 'reguliere' auteursrecht kan vallen; digital design kan als 'volledig werk' 'gewoon' auteursrechtelijk beschermd zijn, vergelijkbaar met videogames; en, enigszins samenhangend met de vorige optie, digital design zou als een subtype van een 'gemixte' werken zoals filmwerken beschermd kunnen worden.

Voor innovatieve mediabedrijven die *werken in opdracht* produceren, waarin digitale technologie en toepassingen ervan een belangrijke plaats innemen, is de rechtenverdeling op ontwikkelde software en design in die context een belangrijk thema. Zij streven ernaar de rechten op wat wel als de 'achterkant van een dienst' wordt aangeduid, in de opdrachtcontext te behouden. Daarbij gaat het doorgaans om een softwarematige 'oplossing' waarop het aan de opdrachtgever geleverde dienstenconcept, inclusief creatieve ontwerpelementen, gebaseerd is. Hiertoe kan bijvoorbeeld een niet-exclusieve licentie verleend worden aan de opdrachtgever. Echter, door afhankelijkheid van kapitaalkrachtige partijen voor de exploitatie van hun werken - zoals uitgevers, filmproducenten en omroeporganisaties - kan er voor creatieve makers of digital design agencies een ongelijke onderhandelingspositie ontstaan. Daarom bestaat er in Nederland sinds 2015 een bijzondere regelgeving: het auteurscontractenrecht. Daarin wordt de rechtenoverdracht enigszins beperkt en de positie van auteurs versterkt. Echter, de wet is niet van toepassing op fictieve makers, zoals werkgevers en rechtspersoon-makers, en geldt alleen voor 'exploitatie' van werken en niet voor 'eindproducten' die zijn overgedragen of in licentie zijn gegeven aan 'eindgebruikers', zoals huisstijlen, websites, op maat gemaakte software, jingles, reclamefilms en dergelijke. Aan de andere kant kan in het geval van digital design ook beargumenteerd worden dat opdrachtgevers dergelijk materiaal op het snijvlak van software en creatieve content zoals filmwerken en videogames wél exploiteren. Dit is, met andere woorden, afhankelijk van interpretatie en argumentatie in specifieke gevallen. In het algemeen kan geconcludeerd worden dat heldere contractuele afspraken bij het verlenen van licenties in elk geval verstandig zijn, om onduidelijkheid omtrent rechtenverlening in de eerste plaats te voorkomen.

De Europese rechter heeft zich nog niet uitgesproken over de bescherming van audiovisuele *formats*. Er zijn wel ontwikkelingen op nationaal vlak, bijvoorbeeld in Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Het grootste obstakel voor auteursrechtelijke bescherming is het onderscheid tussen beschermde expressie en onbeschermde ideeën. Zo heeft het Gerechtshof Amsterdam bepaald dat een format voldoende oorspronkelijk en voldoende uitgewerkt moet zijn om in aanmerking te *kunnen* komen voor auteursrechtelijke bescherming. Het totaal van alle elementen moet een 'eenheid' vormen waarvoor het oorspronkelijkheidscriterium opgaat, bijvoorbeeld doordat ze een 'unieke en specifieke combinatie' vormen die een eigen, oorspronkelijk karakter van het format oplevert. Bovendien moet een format voldoende geconcretiseerd zijn. In het Verenigd Koninkrijk gelden eisen van eenheid, coherentie en reproduceerbaarheid in 'herkenbare vorm'. Over het algemeen geldt voor de *mogelijkheid* van auteursrechtelijke bescherming van formats dat het in de eerste plaats van belang is dat er sprake is van een duidelijke, gedetailleerde uitwerking op papier. Los daarvan kan geconcludeerd worden dat, net als voor contractuele digital design overeenkomsten, heldere afspraken van belang zijn om geschillen over bescherming voor te zijn, in het geval van formats bijvoorbeeld wat betreft de 'grenzen van vertrouwelijkheid' bij het uitzetten van ideeën en of nieuwe producten.

VERENIGDE STATEN

Binnen de Amerikaanse utilitaristische auteursrechttraditie moeten de bescherming van auteurs met passende rechten en het publiek belang in innovatie tegen elkaar worden afgewogen. Volgens de Amerikaanse constitutie dient auteursrechtwetgeving bij te dragen aan het promoten van de vooruitgang van kunst en creatie. Daarom worden voor bepaalde tijd exclusieve rechten toegekend aan auteurs. Ook hier geldt dat bescherming en gebruik van auteursrechtelijk materiaal voor innovatieve mediabedrijven van belang is of kan zijn.

Voor het *gebruik* van content van anderen zonder expliciete vorm van toestemming vooraf biedt het concept van fair use kansen. Fair use is een zogenaamde open norm waarbij niet, zoals in Europa, sprake is van een limitatieve lijst van beperkingen en uitzonderingen, maar waarbij juridisch getoetst wordt of van een beperking van het copyright sprake kan zijn. Onder bepaalde voorwaarden is het gebruik van beschermde content voor bepaalde innovatieve doeleinden geen auteursrechtinbreuk. Recente zaken, bijvoorbeeld *Authors Guild v. Google* en *Authors Guild v. HathiTrust* bieden daartoe aanknopingspunten, onder andere ook voor de toelaatbaarheid van tekst- en datamining.

Voor de bescherming van auteursrechtelijke werken vereist de Amerikaanse Auteurswet een minimale mate van originele, onafhankelijke creatie. Niet beschermd zijn bijvoorbeeld ideeën, methodes, processen of concepten. Het is dan ook niet verrassend dat de beschermingsvraag in de context van software controversieel is. In het algemeen kan uit rechtspraak en beleid worden afgeleid dat computerprogramma's auteursrechtelijk beschermde werken *kunnen* zijn, maar dat de bescherming zich niet uitstrekt tot de functionele aspecten van het programma, waaronder interfaces. Het is echter niet altijd makkelijk om te bepalen of een onderdeel van een programma 'functioneel is', noch of een gelijkenis tussen werken voortkomt uit een gedeeld onderliggend idee, of uit het kopiëren van beschermde uitingen. In dezelfde lijn geldt voor de bescherming van games dat de verschillende onderdelen, zoals audiovisueel materiaal en de onderliggende computer code, beschermd *kunnen* zijn als audiovisuele, respectievelijk literaire werken. Technisch bepaalde, functionele keuzes zijn echter geen beschermde uitingen. Vanwege de idee/expressie dichotomie bestaat ook hier weer een 'grijs gebied' in de beschermingsvraag als gevolg van concepten zoals *merger* (waarbij idee en uiting versmolten zijn) en *scènes à faire* (waarbij een bepaald genre inherent verbonden is aan bepaalde uitingen). Ook de *'total look and*

feel' van een game speelt een rol bij de inbreukvraag, maar dit criterium is niet onbetwist. Verder is *cloning* een relevant concept in de context van online games en apps. Daarbij gaat het om het kopiëren van (onderdelen van) een applicatie en die gebruiken met een lichte wijziging ten opzichte van het origineel. De vraag is of het uitbreiden van juridische bescherming hiertegen wel overeenkomt met de specifieke beschermingsbehoeften in de game sector zelf.

Voor de bescherming van *digital design*, een uiting tussen software en creatieve content in, kan onder het Amerikaanse auteursrecht een meerledig regime van toepassing zijn. Elementen als bron- en doelcode kunnen als literaire werken worden beschouwd. Creatieve elementen kunnen kwalificeren als audiovisuele werken of *motion pictures* als aanvulling op softwarebescherming, terwijl functionele elementen niet voor bescherming in aanmerking komen. Website content en websites op hun beurt kunnen individuele auteursrechtelijk beschermde werken of verzamelwerken zijn.

Binnen de Amerikaanse situatie valt het werk in opdracht, dat meestentijds door mediatech bedrijven en digital design agencies wordt verricht, binnen specifieke regelgeving. Concreet gaat het daarbij om de rechtenverdeling in situaties als *works made for hire*: Het meest gunstige scenario voor innovatieve mediabedrijven is om zelf de rechten te behouden op de in de context van de opdracht ontwikkelde technologische kennis en software, zodat zij die kunnen hergebruiken voor nadere exploitatie en innovatie. In de VS is het uitgangspunt in de praktijk echter dat het initiële auteursrecht bij de werkgever of de opdrachtgever ligt. Gezien de beperkte reikwijdte van de doctrine spelen de contractuele praktijk en de contractsvrijheid een grote rol. Auteurs, waaronder bijvoorbeeld digital designers, genieten in de VS geen extra bescherming onder een specifiek auteurscontractenrecht.

De bescherming van *formats* voor audiovisuele content is in de VS, vanwege hun fluïde karakter, al even complex als in Europa. Terwijl de sector gekenmerkt wordt door een hoge mate van imitatie, wordt de bescherming van formats bepaald door terugkerende concepten zoals de idee/expressie dichotomie en hiervoor genoemde *scènes à fair* en *merger* doctrines. De bescherming van formats blijft dus onzeker. Er is sprake van twee hoofdopvattingen over de vraag of het auteursrecht televisieformats zou *moeten* beschermen. Tegen bescherming pleit dat innovatie- en creatieve processen kunnen worden geremd doordat basis 'bouwstenen' uit het publieke domein verdwijnen, en door de angst om aangeklaagd te worden. Aan de andere kant is onderkend dat bescherming ook voor *incentives* voor creatie en innovatie kan zorgen. Als alternatief voor auteursrechtelijke bescherming zijn in de literatuur wel contractuele argumenten en industrie-standaarden naar voren gebracht, die kunnen worden ingeroepen tegen het ongeautoriseerde gebruik van ideeën.

ERVARINGEN VAN MEDIA-ONDERNEMERS

Uit interviews met ondernemers en experts komt naar voren dat innovatieve bedrijven niet de ervaring hebben dat auteursrecht als zodanig innovatie belemmert. Ze zien juist het belang van het auteursrecht in de bescherming van hun bronnen van waarde, die zij zelf ontwikkelen door de inzet van creativiteit en mensen of die anderen tot stand hebben gebracht op basis van hun inspanningen. Daarmee erkennen ze, wanneer ze gebruikmaken van werken van derden, ook het auteursrecht van anderen. Het maakt het in de meeste gevallen juist mogelijk. Hinderpalen ontstaan vooral door de wijze waarop zaken doen in de media-industrie bevordert of belemmert wordt door de juridische cultuur en praktijk die gestoeld is op de wet- en regelgeving. Deze cultuur en praktijk vormt de context voor media-ondernemerschap en verschilt aanzienlijk in de Verenigde Staten en Europa.

Van de drie onderscheiden typen ondernemingen komt de rol en betekenis van auteursrecht voor mediatech bedrijven en digital design agencies grotendeels overeen. Zij werken doorgaans in opdrachtssituaties waarbij ze diensten en producten ontwikkelen voor klanten. Mediatech bedrijven en digital design agencies geven aan dat, in het domein van rechten, het voor hen van groot belang is te voorkomen dat ze alle rechten op de binnen de opdracht ontwikkelde software en design moeten overdragen aan de klant. Dat is in ieder geval in de Verenigde Staten de standaardsituatie in een 'works made for hire' model. Wanneer hergebruik onmogelijk wordt gaat dat ten koste van hun technologiepositie en hun innovatievermogen. Bedrijven geven aan dat ze dat in contracten proberen vast te leggen.

Contentbedrijven baseren hun business model op audiovisuele producten of formats. Ze exploiteren producten of dienstenconcepten die daarom direct om bescherming vragen. Auteursrechtelijke bescherming van concepten of formats roept echter de nodige controverse op, zowel in Europese als Amerikaanse context, maar is voor bedrijven die formats exploiteren van eminent belang. Tegelijkertijd zijn deze bedrijven in veel gevallen zelf gebruiker van werken van derden, waarvoor ze overeenkomsten met derde partijen of hun vertegenwoordigers dienen af te sluiten of waarvoor ze een beroep kunnen doen op één van de uitzonderingen op het auteursrecht (in de Europese context) of op het fair use principe (in de Amerikaanse context). Waar het auteursrecht enerzijds van belang is voor contentbedrijven, is het anderzijds ook een kostenpost en een bron van complexiteit. Dat geldt onder meer wanneer ze worden geconfronteerd met claims van derden die aanvoeren dat hun auteursrecht geschonden wordt omdat producties of formats die op de markt worden aangeboden een gehele of gedeeltelijke kopie zijn van werken waarop zij een recht doen gelden. Ervaringen laten zien dat de nog onzekere auteursrechtelijke status van formats samengaat met herhaaldelijke claims van verschillende partijen.

De ondernemers en experts ervaren veel complexiteit in de context van gebruik van beschermd materiaal van derden voor en in content productie. De complexiteit in het aangaan van contractuele afspraken daaromtrent is in de Verenigde Staten aanzienlijk groter dan in de Europa. In de praktijk resulteert dat in omvangrijke contracten en tijdrovende en kostbare procedures. Daarbij gaat het om het minutieus vastleggen van de wederzijdse rechten en plichten en de geldende condities, maar ook om het zoveel mogelijk uitsluiten van risico's van claims van derden. Belangrijke afnemers in de Amerikaanse media-industrie willen zich zo veel als mogelijk gevrijwaard voelen van juridische risico's en vullen dat in met gedetailleerde afspraken en contracten. In Europa wordt de behoefte aan detaillering en juridische dekking doorgaans veel minder gevoeld. Dat maakt zaken doen voor innovatieve mediabedrijven in de Verenigde Staten complex en kostbaar, juist omdat de hoeveelheid noodzakelijke juridische ondersteuning een veelvoud is van wat in Europa gebruikelijk is. In dat opzicht werkt de juridische cultuur, waar angst vaak de grondslag voor handelen is, en het zoeken naar maximale zekerheid de norm, in het nadeel van de slag- en innovatiekracht van innovatieve mediabedrijven in hun rol van leveranciers van diensten en producten. Vaak vragen Amerikaanse mediabedrijven, die diensten afnemen van mediatech bedrijven of digital design agencies, hen, in hun rol en positie als leveranciers van diensten, aan te tonen dat ze alle rechten op de door hen gebruikte software bezitten of de rechten daarop geklaard hebben. Dat moet op een wijze die voldoende zekerheid geeft dat de opdrachtgever, in zijn of haar rol als afnemer en gebruiker van de geleverde diensten of producten, geen claims in verband met inbreuk kan verwachten. Ook contentbedrijven krijgen met dit soort eisen te maken krijgen, wanneer er sprake is van gebruik van (delen van) werken van derden, bijvoorbeeld in een audiovisuele productie. Dat is ook binnen Europa niet ongebruikelijk, waar content aanbieders vaak per verschillende afnemer per lidstaat vrijwaring moeten garanderen, in weerwil van de beoogde harmonisatie van wet- en regelgeving op het stellen Europese continent

Een ander belangrijk verschil tussen de Amerikaanse en Europese situatie is de relatief geringe rol van de *collecting societies* in de Verenigde Staten waar, in tegenstelling tot Europa, de nadruk ligt op geïndividualiseerde onderhandelingen. Wanneer een audiovisueel productiebedrijf of een uitbater van formats gebruik wil maken van beschermde muziekcomposities en -uitvoeringen, vergt dat in de Verenigde Staten veel complexere en kostbaardere procedures dan op het Europese continent. Het afsluiten van directe contracten tussen gebruiker en rechthebbende in plaats van meer op collectieve regelingen gebaseerde relaties, zoals die in Europa gebruikelijk zijn, markeert een ander onderscheid tussen beide juridische culturen en praktijken.

CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Deze verkenning heeft laten zien dat de activiteiten van alle media innovators gebaseerd zijn op het ontwikkelen, exploiteren, gebruiken, presenteren en toegang geven tot informatie. In het bijzonder gaat het hier om software ('code'), digital design, audiovisuele content en mediaformats. Daarmee is de belangrijke rol van het auteursrecht gegeven. Het is een systeem dat aan de grondslag ligt van informatiemarkten, ze ordent en reguleert. Als zodanig levert auteursrecht geen barrière op voor innovatie. Het is vooral de juridische cultuur die zorgt voor complexiteit, in het bijzonder de Amerikaanse in vergelijking met de Europese. Die heeft belangrijke repercussies voor mediaondernemingen die zaken willen doen in die contexten. In het bijzonder wanneer bedrijven van het ene continent de zakelijke overstap willen maken naar de andere, van Europa naar de Verenigde Staten.

Die barrières zijn juist nu actueler dan ooit omdat digitalisering heeft geleid tot online markten die steeds lagere toetredingsdrempels kennen en geografische exploitatiegrenzen obligaats maken. Eerder is vastgesteld dat er tal van Nederlandse bedrijven zijn die in de innovatieve voorhoede van de media industrie opereren. In internationaliseringsstrategie krijgen ze te maken met auteursrechtelijke systemen en juridische culturen die wél begrensd zijn. Verschillende juridische culturen hebben effect op (on)mogelijke activiteiten en zijn dan ook van belang om in internationale strategieën in acht te nemen.

Voorts is duidelijk geworden dat het belang van contracten voor het onderling regelen van rechten en gebruik in de context van het auteursrecht in belang toenemen. Voor mediatech bedrijven en digital design agencies zijn contracten van belang om zich te kunnen verzekeren van het recht op hergebruik van technologie en kennis, neergelegd in concrete 'lines of code'. Voor contentbedrijven zijn contracten met duidelijke afspraken van groot bijvoorbeeld voor domeinen waarin het auteursrecht nog onvoldoende helderheid over bescherming verschaft, zoals bijvoorbeeld in het geval van mediaformats. Met duidelijke afspraken kan de kans op conflicten door middel van contracten verkleind worden.

De globalisering van de media-industrie onder invloed van de digitale revolutie zal in de toekomst leiden tot verdere verzakelijking van het auteursrecht. Dat lijkt realistisch, gezien de dominante rol van de Amerikaanse bedrijven in de online media-industrie. Maatregelen en programma's die ertoe leiden dat Dutch Media Innovators beter voorbereid zijn bij hun pogingen om stappen op de Amerikaanse markt te zetten verdienen aanbeveling. Het is nodig om de bewustwording van het bestaan van verschillende juridische systemen per land en tussen Europa en de Verenigde Staten te bevorderen, zowel waar het gaat om verschillen in regelgeving, als om juridische 'cultuur'. Kennisuitwisseling en het delen van ervaringen zijn hier nuttig om 'goed beslagen ten ijs' te komen. Daarbij kunnen zowel 'best practices' als 'fantastic failures' een belangrijke leerervaring vormen. De rol van nationale overheidsinstanties zou kunnen zijn om op te treden als coördinerend kenniscentrum, ter ondersteuning van en aansluitend bij wat de sector zelf doet.

Hierbij kan gedacht worden aan het opzetten van een sectorspecifiek online 'kennisportal' met informatie over (juridische) zaken waar bedrijven rekening mee moeten houden, bijvoorbeeld bij het maken van een internationale stap naar de VS. Verder kan gedacht worden aan het houden van seminars die gericht zijn op de sector, organisatie van workshops voor startups, enzovoorts. Daarnaast zou de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland een adviserende rol kunnen aannemen, bijvoorbeeld als het gaat om contractuele strategieën of het verzekeren van een gunstige onderhandelingspositie. Het ligt voor de hand om daarbij Nederlandse vertegenwoordigers in het buitenland aan te sluiten en ondernemersnetwerken ter plekke aan te sporen, te organiseren en te mobiliseren om nieuwe Nederlandse innovatieve mediaondernemers overzee bij te staan.

INHOUD

1. Inleiding en Probleemstelling	14
1.1 Nederlandse Mediabedrijven in de Verenigde Staten	14
1.2 Dutch Media Innovators en de Problematiek van Auteursrecht	16
1.3 Onderzoeksvragen en Onderzoeksopzet	16
1.4 Opbouw	19
2. Innovatieve Mediabedrijven	20
2.1 Digitalisering en Innovatie in de Mediasector	20
2.2 Mediabedrijven en Businessmodellen	24
2.3 Belang en Definitie van Businessmodel	26
2.4 Typologie van Innovatieve Mediabedrijven	28
2.4.1 Mediatech Bedrijven	28
2.4.2 Digital Design Agencies	30
2.4.3 Contentbedrijven	32
2.5 Conclusies	35
3. Analyse kader: Tradities, Dimensies en Domeinen	38
3.1 Utilitarisme en Natuurrecht	38
3.2 Gebruik en Bescherming	40
3.3 Software en Games, Digital Design en Televisieformats	41
3.4 Conclusies	41

4. Auteursrechtwetgeving in Europa	42
4.1 Achtergrond	42
4.2 Uitzonderingen: Toegang en Gebruik	44
4.3 Bescherming	47
4.3.1 Software en Games	47
4.3.2 Digital Design	54
4.3.3 Audiovisuele Content: Bescherming van Formats	58
4.4 Conclusies	61
 5. Auteurswetgeving in de Verenigde Staten	 66
5.1 Achtergrond	66
5.2 Uitzonderingen: Toegang en Gebruik	66
5.3 Bescherming	68
5.3.1 Software en Games	69
5.3.2 Digital Design	76
5.3.3 Audiovisuele Content: Bescherming van Formats	79
5.4 Conclusies	82

6. Innovatieve Mediabedrijven	84
6.1 Inleiding	84
6.2 Auteursrecht, Media-Industrie en Innovatie	84
6.2.1 Mediatech Bedrijven en Digital Design Agencies	85
6.2.2 Contentbedrijven	86
6.3 Internationaliseren om te groeien	88
6.4 Auteursrechtregimes in Europa en de Verenigde Staten	89
6.4.1 Complexiteit en Hoge Juridische Kosten in de Verenigde Staten	90
Controle en Angst	91
Clearen van Muziekrechten	92
Patenteren van Technologie	93
6.4.2 Ervaringen met Auteursrecht in Europa	94
6.5 Conclusies	95
7. Conclusies en Aanbevelingen	98
Bronnen	102
Literatuur	106
Jurisprudentie	106
Nationale rechtspraak	106
Regelgeving	108
Webbronnen	108
Bijlage 1 Geïnterviewde Sleutelfiguren en Experts	109

1. INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING

1.1 NEDERLANDSE MEDIABEDRIJVEN IN DE VERENIGDE STATEN

Verschillende Nederlandse mediabedrijven koesteren de ambitie om op de Amerikaanse markt actief te worden, of, wanneer ze daar al actief zijn, hun bestaande activiteiten uit te breiden. In maart van dit jaar bijvoorbeeld, maakte De Correspondent bekend de nodige voorbereidingen te hebben getroffen om een met hun Nederlandse publicatie vergelijkbaar concept in de Verenigde Staten te gaan uitrollen: The Correspondent.¹ Tegenover deze nieuwkomer op de Amerikaanse markt staat het bedrijf Talpa dat in de Verenigde Staten naam en faam heeft gemaakt. In de slipstream van het Endemol, waarachter media-ondernemer John de Mol ook de belangrijkste drijvende kracht was, is Talpa, met succesrijke formats voor televisie en inmiddels ook online een belangrijke mondiale speler geworden. Met afstand het meest succesvol is “The Voice”, dat inmiddels wereldwijd een begrip is. Nederlandse mediabedrijven hebben een trackrecord opgebouwd in de markt van televisieformats. Inmiddels beperkt de exploitatie van dit soort formats zich al lang niet meer tot het televisiekanaal. Formats fungeren in een cross-channel strategie, waarbij verschillende digitale kanalen en sociale media elkaar versterken.

Naast content en formats zijn Nederlandse bedrijven internationaal succesvol met proposities die gebaseerd zijn op innovatieve vormgeving en toepassing van digitale technologie, vaak als onderdeel van een inhoudelijk concept. Sommige van deze bedrijven vinden hun kracht in het technologisch mogelijk maken van innovatieve audiovisuele producties, of andersoortige grensverleggende content. Anderen werken zowel op het vlak van technologie als van ontwerp. Ze zoeken hun kracht juist in de combinatie van excellentie op het terrein van technologie, toepassing en content, vaak in opdracht van bedrijven of merken: 'digital design'.

In deze bedrijfstak is het Nederlandse MediaMonks² inmiddels internationaal bijzonder succesvol. Het bedrijf schopte het zelfs tot de Amerikaanse gereputeerde AdAge A-List van productiemaatschappijen in 2017. Het bedrijf werd aangeduid als ‘... *the industry's go-to player for ambitious digital ideas*’.³ Dat is niet onopgemerkt gebleven in de advertentie-industrie: In juli van dit jaar werd bekend dat het bedrijf is overgenomen door S4 Capital. Naar verluidt waren meerdere partijen in de race voor MediaMonks S4 Capital betaalde om en nabij de driehonderd miljoen euro voor het Nederlandse MediaMonks. Het bedrijf heeft zijn hoofdvestiging in Hilversum en om en nabij de zevenhonderd mensen in dienst bij elf vestigingen op verschillende continenten.⁴ Een andere belangrijke Nederlandse speler in deze bedrijfstak is Dept. Het bedrijf is in 1996 opgericht onder de naam Tam Tam en krijgt sinds 2015 steun van het Nederlandse private equity bedrijf Waterland in de opbouw van een Europees bedrijvennetwerk. Dept is nu actief in

1 <https://decorrespondent.nl/6384/groot-nieuws-over-een-jaar-kun-je-hopelijk-ook-the-correspondent-lezen/179984112-23373d59>

2 MediaMonks is een van de bedrijven die deelneemt in het DMI project.

3 <http://adage.com/article/special-report-agency-alist-2017/production-company-mopediamonks/307621/>

4 <https://www.emerge.nl/nieuws/deal-martin-sorrell-mediamonks-nagenoeg-rond/> [Emerge Nieuws, 10 juli 2018]

Nederland, het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Spanje, de Verenigde Staten en Duitsland. Recent lijfde Dept het Duitse e-commerce en life style bureau superReal in en kan daarmee bogen op een staf van 750 medewerkers en een omzet per jaar van meer dan tachtig miljoen euro.⁵

Ondernemen in het buitenland, in het bijzonder op markten buiten de Europese Unie, is niet eenvoudig. Voor de Verenigde Staten geldt dat er sprake is van een andere businessomgeving dan in Europa. Deels is dat terug te voeren op verschillen in cultuur en historie en de wijze waarop die zich in de loop der jaren heeft vertaald in wetten en regels. Die wijkt in sommige gevallen af van die in Europa, de thuismarkt van Nederlandse mediabedrijven. Ook is er sprake van een andere juridische cultuur die tevens zijn weerslag heeft op de wijze waarop in de States zakengedaan worden.

Dit rapport bevat de resultaten van een verkenning van de verschillende regimes op het terrein van auteursrecht tussen Europa en de Verenigde Staten, in het bijzonder van de wijze waarop die van invloed zijn op de praktijk van Nederlandse innovatieve mediabedrijven die actief zijn, of willen zijn, op de Amerikaanse mediamarkt. Het uitgangspunt daarbij is dat geconstateerde verschillen tussen de auteursrechtelijke regimes op beide continenten een relevante invloed hebben op de ontwikkel- en exploitatiemogelijkheden van Nederlandse mediabedrijven in de Verenigde Staten.

⁵ www.emerice.nl/nieuws/dept-grote-duitse-ecommercepartij-door-overname

1.2 DUTCH MEDIA INNOVATORS EN DE PROBLEMATIEK VAN AUTEURSRECHT

Deze studie maakt onderdeel uit van het project Dutch Media Innovators (DMI) dat tot doel heeft de activiteiten van Nederlandse innovatieve mediabedrijven in de Verenigde Staten te ondersteunen. Daarin werkt een aantal Nederlandse mediabedrijven⁶ gezamenlijk en ondersteund door de Rijkdienst voor Ondernemen (RVO) om de commerciële kansen voor Nederlandse mediabedrijven in de Verenigde Staten te vergroten. Het project is onderdeel van het programma Partners for International Business (PIB) van het Ministerie van Economische Zaken. Doel van dit programma is samenwerkingsverbanden van Nederlandse bedrijven, met name uit de topsectoren, te positioneren op voor Nederland kansrijke markten en te ondersteunen ten behoeve van een beklijvende toegang tot die markten. In DMI-project gaat het om de topsector creatieve industrie en de Amerikaanse markt, in het bijzonder Californië.⁷

Binnen Dutch Media Innovators is vastgesteld dat de verschillende regimes op het terrein van auteursrecht in Europa en de Verenigde Staten mogelijk leiden tot barrières voor het zaken doen door Nederlandse mediabedrijven overzee. Bedrijven moeten zich, met het oog op succesvolle (door)ontwikkeling van activiteiten, voldoende rekenschap geven van verschillen in regimes en praktijk van auteursrechtwet- en regelgeving en vaststellen welke mogelijkheden binnen het bestaande Amerikaanse kader bestaan en waar dat grenzen stelt aan mogelijke activiteiten. Daarom is het belangrijk, wanneer Nederlandse bedrijven activiteiten in de Verenigde Staten willen ontwikkelen, het daar geldende rechtenregime te kennen. Doel van deze studie is daarom:

Het bieden van een actueel overzicht van Amerikaanse wet- en regelgeving op het gebied van auteursrecht, vergeleken met die in Nederland en Europa, inclusief een advies hoe Nederlandse innovatieve mediabedrijven hier tijdig en adequaat rekening mee kunnen houden.

1.3 ONDERZOEKSVRAGEN EN ONDERZOEKSOPZET

Specifiek voor deze verkenning is een aantal onderzoeksvragen geformuleerd die in het bijzonder zijn verkend voor mediabedrijven in een drietal deelsectoren van de mediasector waar in de voorbije jaren belangrijke innovaties zijn ontwikkeld, internationaal en in Nederland: (1) software en games, (2) digital design en (3) audiovisuele content. De vragen die in deze studie worden beantwoord luiden:

⁶ De volgende bedrijven en organisaties werken samen in het project Dutch Media Innovators: 24iMedia, Angry Bites, Corinno, MediaMonks, TNO, het Instituut voor Beeld en Geluid, Media Perspectives (voorheen iMMovator) en RVO (Rijkdienst voor Ondernemend Nederland), zie ook: <https://dutchmediainnovators.com/>

⁷ Binnen de projectaanvraag van DMI heeft dit deelproject de titel 'Analyse van de Amerikaanse en Europese wet- en regelgeving op het gebied van auteursrecht en intellectuele eigendom bij media-innovaties' (G2G15C1702).

- 1.** Welke typen innovatieve mediabedrijven kunnen worden onderscheiden, in het bijzonder voor zover ze binnen het project Dutch Media Innovators participeren? Wat is het belang van de exploitatie van de eigen auteursrechten in het businessmodel van deze bedrijven aan de ene kant en het gebruik van auteursrechten in het bezit van derden aan de andere?
- 2.** Welke barrières ervaren deze bedrijven in de Verenigde Staten, in vergelijking met Europa, die terug te voeren zijn op de verschillen in de auteursrechtregimes of juridische cultuur op beide continenten?
- 3.** Wat zijn de belangrijkste kenmerken van en verschillen tussen de auteursrechtregimes in Europa en de Verenigde Staten voor zover het de exploitatie betreft van (1) software en games, (2) digital design en (3) audiovisuele content? Wat zijn voor deze drie deelsectoren de belangrijkste kenmerken van en verschillen tussen beide systemen voor wat betreft de regelgeving met betrekking tot (a) de bescherming van auteursrechten en (b) het gebruik van auteursrechtelijk materiaal van derden?
- 4.** Wat zijn de belangrijkste adviezen voor Nederlandse innovatieve mediabedrijven die willen starten met het voeren van een onderneming in de Verenigde Staten of het uitvoeren van hun activiteiten in het licht van de antwoorden op de eerste drie onderzoeksvragen, in het bijzonder voor zover het de verschillende auteursrechtregimes en de verschillen in juridische cultuur die gelden op beide continenten betreft?

Het onderzoek is opgezet in drie fasen:

In de eerste fase zijn de eerste en de tweede onderzoeksvraag beantwoord. Allereerst is vastgesteld wat de belangrijkste kenmerken zijn van innovatieve of digitale mediabedrijven. Op basis van interviews en een korte literatuurstudie is een typologie van innovatieve mediabedrijven ontwikkeld. Deze typologie kijkt onder andere naar de betekenis van rechten voor hun businessmodel en de wijze waarop ze hun belangrijkste bronnen van waarde beschermen en exploiteren of gebruik kunnen maken van de rechten van derden als onderdeel van hun zakelijke propositie. Voor de interviews is een aantal bedrijven uitgekozen dat zich onderscheidt door relatief nieuwe, digitale producten, diensten of toepassingen, of door een innovatieve wijze waarop ze hun bedrijf voeren. Daarnaast is een tweetal interviews afgenomen met onafhankelijke experts om de bevindingen uit de interviews met de bedrijven te valideren en aan te vullen. Vervolgens is onderzocht op welke, specifieke wijze auteursrecht of auteursrechtelijk beschermde werken van belang en betekenis zijn voor welk type innovatief mediabedrijf, in het bijzonder de rol en relevantie van intellectueel eigendomsrecht voor hun businessmodel. Voor elk van de type bedrijven geldt dat het auteursrechtenregime in de Verenigde Staten van specifieke betekenis is, of dat de Amerikaanse juridische cultuur een bepaalde invloed heeft op de wijze van bedrijfsvoeren. Dat en mogelijke barrières die daaruit voortvloeien worden in eerste aanleg in kaart gebracht. De conclusies die uit de eerste fase volgen zijn noodzakelijkerwijs slechts op een beperkt aantal interviews gestoeld en hebben daarmee het karakter van een onderbouwde hypothese.

De tweede fase bestaat uit de nadere verkenning van de auteursrechtregimes die gelden in Nederland/Europa (Europese Unie) en de Verenigde Staten, toegespitst op de mogelijkheden en barrières die ze creëren voor de prototypische businessmodellen die het resultaat zijn van fase één. Dit deel van het onderzoek, waarmee de derde onderzoeksvraag is beantwoord, is een verkenning van – voor innovatieve mediabedrijven relevante – auteursrechtregulering in de EU en de VS. Waar liggen mogelijkheden en waar bevinden zich obstakels? De verkenning is in het bijzonder gericht op een drietal bedrijfstakken en activiteiten van innovatieve mediabedrijven, gelieerd aan de bevindingen uit de eerste fase van het onderzoek: (1) software en games, (2) digital design en (3) audiovisuele content. De verkenning richt zich daarmee op meerdere soorten (auteursrechtelijk relevante) activiteiten en niet op het activiteitenportfolio van specifieke bedrijven. Op deze wijze kan op een functionele manier per bedrijf bepaald worden waar auteursrechtelijke moeilijkheden en kansen liggen. Daarbij wordt nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen (1) de bescherming van intellectueel eigendom, relevant voor bedrijven die hun propositie mede stoelen op het uitbaten van rechten, en om (2) de mogelijkheden om content van derden te gebruiken en er toegang toe te krijgen, wat van belang is voor bedrijven wiens businessmodel mede gebaseerd is op het gebruik van rechten van derden. De verkenning richt zich voor dit punt specifiek op de uitzonderingen in het auteursrecht in zowel de Verenigde Staten als Europa. Overigens komt deze combinatie binnen het businessmodel - van enerzijds de wens om de eigen rechten te beschermen als anderzijds om zo ruim mogelijk toegang te krijgen tot de rechten van derden - vaak voor. Vanuit dit kader zijn de achtergrond, doelstellingen en relevante bepalingen van het Europese en Amerikaanse systeem geanalyseerd. Een vergelijking van beiden biedt mogelijkheden om de kansen en uitdagingen voor innovatieve mediabedrijven te bepalen.

In de derde fase van dit onderzoek wordt de vierde onderzoeksvraag beantwoord. Ze betreft de integratie van de bevindingen uit een fase één en fase twee in de conclusies en aanbevelingen van het onderzoek. De typologie van innovatieve mediabedrijven gebaseerd op de rol die auteursrechten spelen in hun businessmodel, de verkenning van de auteursrechtregimes in de

Verenigde Staten en Europa en de concrete ervaringen van de verschillende innovatieve mediabedrijven op beide continenten vormen de input voor het antwoord op de overall onderzoeksvraag.

1.4 OPBOUW

Deze rapportage is als volgt opgebouwd: Na deze inleiding volgt in hoofdstuk 2 de uiteenzetting over de aard en kenmerken van innovatieve mediabedrijven. Ook geeft dit hoofdstuk een typologie van drie verschillende soorten innovatieve mediabedrijven, gebaseerd op de rol en het belang van auteursrechten binnen het businessmodel van de verschillende typen bedrijven.

Hoofdstuk 3 is de introductie op de twee in dit onderzoek geanalyseerde rechtenregimes, in respectievelijk Europa en de Verenigde Staten van Amerika. Hierin komen de twee belangrijkste vectoren aan bod die van belang zijn in de analyse: Allereerst is dat de rechtsgrondslag en -traditie waarbinnen beide regimes geworteld zijn: utilitarisme versus natuurrecht. Daarnaast schetst dit hoofdstuk het duale framework waarmee de verschillen tussen beide regimes worden geanalyseerd: bescherming van rechten versus toegang tot en gebruik van rechten.

Hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5 schetsen de eigen aard en kenmerken van de auteursrechtssystemen in de Europa en de Verenigde Staten vanuit het in hoofdstuk 3 geschetste framework.

Hoofdstuk 6 een inzicht in de specifieke ervaringen van verschillende typen innovatieve mediabedrijven in de context van beide auteursrechtssystemen in Europa en de Verenigde Staten, op basis van gesprekken met verschillende partijen.

Hoofdstuk 7 bevat de conclusies en aanbevelingen van deze verkenning en suggesties voor nader onderzoek.

2. INNOVATIEVE MEDIABEDRIJVEN

In dit hoofdstuk gaan we allereerst in op de vraag wat onder innovatieve mediabedrijven verstaan kan worden. Binnen het project Dutch Media Innovators wordt ook wel gesproken over “digitale mediabedrijven”. Daaruit blijkt dat in de mediasector de nadrukkelijke verbinding wordt gelegd van innovatie met technologie en daarbinnen met digitalisering. Ook presenteren we een typologie, die resulteert uit literatuuronderzoek en de interviews die we in het kader van deze verkenning hebben gehouden. We spraken met representanten van innovatieve mediabedrijven en een tweetal experts met relevante ervaring in de sector.⁸ De typologie is gebaseerd op het producten- en dienstenaanbod van verschillende typen innovatieve mediabedrijven en de wijze waarop ze daaraan vorm en inhoud geven in een specifiek businessmodel. Voordat we de typologie presenteren gaan we kort in op het businessmodel concept en de relevantie ervan in de context van dit project. In de businessmodellen van mediabedrijven spelen auteursrechten doorgaans een specifieke rol. Afhankelijk van het belang ervan, ervaren bedrijven in meer of mindere mate specifieke barrières of nut als gevolg van auteurswetgeving in Europa of de Verenigde Staten.

2.1 DIGITALISERING EN INNOVATIE IN DE MEDIASECTOR

De bedrijfstak media is onderdeel van de media- en entertainmentindustrie, een van de deelsectoren van de creatieve industrie. De andere deelsectoren zijn creatief zakelijke dienstverlening (onder meer vormgeving, architectuur en communicatie) en kunst en cultureel erfgoed (onder meer podiumkunsten, scheppende kunsten en musea). De creatieve industrie is een van de topsectoren en was daarvoor, ten tijde van het innovatieplatform, sleutelgebied.

De creatieve industrie onderhoudt een bijzondere relatie met de sector informatie- en communicatietechnologie (ICT).⁹ Beide sectoren kennen, historisch gezien, een bijna symbiotische relatie. Dat geldt in het bijzonder voor de media-industrie. Deze innige band is terug te voeren op de centrale rol van taal en informatie in beide domeinen. De producten en diensten van de creatieve industrie in het algemeen en de media-industrie in het bijzonder, kunnen in principe herleid worden tot informatie, die in allerlei verschijningsvormen met afnemers, particulier of zakelijk, wordt gedeeld. Uitgevers, omroepen en online platformen maken gebruik van nieuwe of meer traditionele ICT. Innovatie in de media-industrie is daarmee nauw verbonden met ontwikkelingen in ICT en soms ook andersom. Sterker nog, historisch gezien zijn de massamedia

⁸ Een lijst met namen is opgenomen in Bijlage 1.

⁹ Rutten & Koops 2012, 227-228

ontstaan op basis van ontwikkelingen in ICT, als we tenminste een definitie van ICT gebruiken die niet beperkt is tot de innovaties van de laatste pakweg halve eeuw.

Een van de oudste vormen van ICT is het schrift en aanzienlijk minder oud de drukkunst, waar de boeken- en krantenuitgeverijen zijn gestoeld. Radio en televisie waren het product van technologie die het mogelijk maakte om audio en video-informatie via ethergolven en later via vaste netwerken lineair te distribueren. In de nieuwe vormen van ICT gaat het bijvoorbeeld om interactieve, digitale netwerken en allerlei vormen van informatieverwerking (software). Het internet en tal van nieuwe digitale toepassingen hebben gezorgd voor een grondige herschikking van de media-industrie, voor het ontstaan van nieuwe segmenten zoals de gamesector, digital design en ook e-publishing, en voor een grondige hervorming van de samenleving. Digitalisering is de dominante as waarlangs innovatie in de media-industrie zich sinds een aantal decennia voltrekt. In essentie gaat het bij digitalisering om een nieuwe vorm van opslag, bewerking, verspreiding en daarmee toegankelijk maken van informatie.

Het concept cross media wordt reeds enige tijd gebruikt om het nieuw ontstane veld aan te duiden waarin de media-industrie en ICT in elkaar overlopen en overlappen. Cross media is de aanduiding van een manier van toegankelijk maken van informatie, die zich onderscheidt van de oriëntatie op één medium of kanaal. Daarbij worden alle mogelijkheden die het digitale tijdperk biedt, in verschillende denkbare combinaties ingezet. Cross media is een open oriëntatie op een breed veld van diensten en content, waar in verschillende constellaties gezocht wordt naar de beste manier om content, format, dienst, technologie en gebruiker aan elkaar te koppelen in een vaak tijdelijk netwerk van spelers en bedrijven.¹⁰ Cross-mediabedrijven behoren niet specifiek tot de ICT-sector of de media-industrie. Dat geldt bijvoorbeeld voor mondiale spelers als Google, Apple en Amazon, maar ook voor Netflix en het Nederlandse digital design bedrijf MediaMonks dat vooral actief is in en voor de reclame- en communicatiesector. In de combinatie van creatieve industrie, media-industrie en ICT komen vaak nieuwe, rendabele businessmodellen tot stand. Dat komt doordat met de inzet van technologie schaalvoordelen bereikt worden die in andere delen van de creatieve industrie, bijvoorbeeld binnen de creatieve ambachten en de podiumkunsten, nauwelijks te realiseren zijn.¹¹

¹⁰ Rutten, Van Mil & Visser 2010, p. 3.

¹¹ Rutten, Van Mil & Visser 2010, p.3

Een van de experts die we tijdens deze verkenning spraken geeft aan dat de Nederlandse audiovisuele industrie al jaren mede internationaal toonaangevend is als het gaat om innovatie in digitale mediaproductie, in het bijzonder op basis van digitale technologie. Hij wijt dat aan het feit dat de technische productiekosten historisch gezien in Nederland, een veel groter deel van de productiebudgetten van de audiovisuele sector uitmaken, dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten. Hij staat vaak versteld van de ouderwetse technologie die nog in de VS gebruikt wordt. Daar zijn de kosten van talent, acteurs, anchor(wo)men en regisseurs bijvoorbeeld, veel hoger dan in Nederland. Daarmee is de efficiencywinst die te behalen is met de inzet van technologie veel kleiner dan in Nederland en daarmee ook de urgentie om nieuwe technologie toe te passen minder sterk. In een land als Nederland, met een relatief kleine thuismarkt en minder hoge kosten voor talent, is de efficiencywinst al snel veel hoger. Daardoor zijn wij als land voorop gaan lopen in omroep-technologie en kennen we veel bedrijven die daarin kunnen excelleren. Dat vormt een belangrijke basis voor een sterke internationale positie van mediatechnologiebedrijven, zelfs in de Verenigde Staten.

Overigens beperkt de innovatiegolf zich niet tot de media-industrie en de markten die traditioneel door haar bediend worden. Ze gaat veel breder. Het is een beweging die in principe van toepassing is op alle bedrijven en instellingen die relaties met consumenten onderhouden en daarvoor digitale media benutten. Dienstverlenende bedrijven ontwerpen op gelijksoortige wijze als mediabedrijven strategieën om hun klanten te bereiken en bedienen zich daarbij van vergelijkbare formats en dezelfde (technologische) platforms. In hun contacten met klanten verzamelen ze informatie die weer gebruikt wordt in de vormgeving van bijvoorbeeld gepersonaliseerde diensten. Daarin spelen sociale media en mobiele diensten een belangrijke rol. Die verbreding manifesteert zich nadrukkelijk ook in de activiteiten van sommige van de innovatieve mediabedrijven die zich op de brede (corporate) markt begeven en zich niet beperken tot de traditionele mediamarkten.¹²

Een belangrijk kenmerk binnen de huidige dynamiek zijn daarnaast internationalisering en globalisering. Op online markten zijn de toetredingsdrempels laag, maar is de gehele wereld ook het concurrentieveld. Dat houdt in dat ook of misschien wel juist in de media-industrie, het onderscheid tussen lokale en internationale markten vertroebelt of zelfs verdwijnt. Die ontwikkeling noopt bedrijven tot een internationale strategische oriëntatie. Ondernemingen zijn gedwongen in een internationaal concurrentieveld te opereren. Dat verklaart ook waarom bij veel mediabedrijven, ook uit het midden- en kleinbedrijf, de urgentie gevoeld wordt om op de internationale markt, waaronder die in de Verenigde Staten, actief te zijn. Daarmee stelt zich tegelijkertijd de vraag wat nodig is voor Nederlandse innovatieve mediabedrijven om een rol van betekenis te kunnen spelen op de internationale markt. Dat is behalve een strategische vraag een kwestie van kracht en potentie, maar ook een vraag van condities: Is de sector in Nederland goed genoeg gepositioneerd in termen van talent, kennis, technologie, kapitaal en ondernemerschap?

¹² Vergelijk: Rutten, Van Mil & Visser 2010.

om internationaal zijn partij mee te blazen? Wat is nodig om de internationale positie van de Nederlandse media-industrie te versterken?

In deze studie draait het vooral om het vergaren en presenteren van kennis over verschillende auteursrechtregimes in verschillende marktcontexten, die van de Verenigde Staten en Europa in het bijzonder. In het verlengde daarvan komt ook de juridische cultuur aan bod, die evenzeer onderdeel uitmaakt van de relevante zakelijke context waarin mediabedrijven opereren wanneer ze kiezen voor internationalisering.

Duidelijk is dat de rol van technologie, of in jargon *tech*, steeds meer de aard en het karakter, maar ook de marktcondities van de media-industrie kleurt. Technologie is niet louter het element dat creatieve productie, distributie en exploitatie mogelijk maakt, het is een essentieel onderdeel van de kernactiviteit van de media-industrie en intrinsiek verbonden met mediaproductie. Nancy Küng drukt dat kenachtig uit wanneer ze aangeeft dat digitalisering niet langer dienste doet als *enabling technology*.

Inside the firm, technology is no longer just the 'plumbing', an enabling factor that allows creative content to be produced and distributed, but the key to scale and competitive advantage, and intrinsic to content, the creative processes that underpin it, and its consumption.¹³

Het samenkomen van media en ICT is meer dan het versmelten van creativiteit en distributietechnologie. ICT is van cruciaal belang voor creatieve maakprocessen, voor de producten en diensten van de bedrijfstak media en de wijze waarop ervaringen van consumenten in de consumptie ervan vorm krijgen. Typerende voorbeelden zijn gaming en digital design. De game-industrie ontwikkelt, produceert en distribueert elektronische, interactieve spellen en spelconcepten gericht op vermaak en leren. De digital designsector richt zich op de digitale uitdaging waarvoor bedrijven en instellingen zich gesteld zien vanuit een ontwerpbenadering en is op een relatief brede markt actief, onder meer op het terrein van digitale marketing, maar ook op het terrein van strategie en business innovation.

¹³ Küng 2017, p. xv.

Dat binnen het project Dutch Media Innovators digitale mediabedrijven en innovatieve mediabedrijven in een adem genoemd worden en bijna als synoniemen worden gebruikt, is niet verwonderlijk. Het gevaar van het gelijkstellen van beide concepten is echter dat daarmee een beperkte definitie van innovatie in de media-industrie wordt geïntroduceerd, als zou innovatie louter betrekking hebben op technologische vernieuwingen.¹⁴ Die opvatting is al geruime tijd achterhaald, al is technologie onverminderd een drijvende kracht achter processen van innovatie.

Innovatie wordt in deze verkenning opgevat als de succesvolle toepassing van nieuwe ideeën en nieuwe kennis. Nieuwe technologische toepassingen kunnen worden gezien als nieuwe kennis, net als bijvoorbeeld specifieke product-service combinaties. Digitale toepassingen bieden momenteel legio kansen voor innovatieve diensten en producten, maar resulteren daar zeker niet per definitie in. Ze hebben de potentie daarin uit te groeien. Digitale of innovatieve mediabedrijven zijn niet louter technologisch innovatief, maar moeten dat ook zijn op tal van andere vlakken, zoals producten- en dienstenontwikkeling, (internationale) organisatie van ontwerp, ontwikkeling, productie en marketing, kortom: businessmodellen.

2.2 MEDIABEDRIJVEN EN BUSINESSMODELLEN

Om aantrekkelijke proposities in een andere omgeving dan het land van herkomst te ontwikkelen, is het voor bedrijven van groot belang de essentiële onderdelen en elementen van de nieuwe zakelijke omgeving te kennen. Ze moeten er in de ontwikkeling van nieuwe activiteiten rekening mee houden. Binnen de businessmodellen van mediabedrijven zijn allerlei vormen van intellectueel eigendom de basis voor hun onderscheidende positie binnen de verschillende te onderscheiden markten waarop ze acteren. Daarbij kan het zijn dat de bedrijven unieke bronnen van waarde ontwikkelen en bezitten, bijvoorbeeld in de vorm van content, formats of toepassingen van kennis en technologie. Of dat de bedrijven juist gebruik willen maken van de *assets* van anderen. Ook komt het voor dat beide invalshoeken tegelijkertijd van toepassing zijn. In al deze gevallen stelt auteursrechtwetgeving de relevante kaders waarbinnen dat kan en mag gebeuren. Zowel de mogelijkheden die de wet biedt om intellectueel eigendom te beschermen, als ook de mogelijkheden om content en toepassingen van derden te gebruiken, als onderdeel van eigen ontwikkelde producten en diensten, spelen hier een rol.

Het belang van auteursrechten in de bedrijfsvoering van ondernemingen in de media-industrie blijkt uit het businessmodel waarop die bedrijven gestoeld zijn. Het businessmodel concept heeft de afgelopen jaren een belangrijke rol gespeeld in strategische discussies over de economische grondslag van ondernemingen en de wijze waarop nieuwkomers zich, vaak ten koste van gevestigde spelers, een positie verwerven. Het is een populair concept geworden.¹⁵ Het duikt vaak op om het succes van een goedlopend bedrijf te verklaren, een innovatieve manier van zakendoen uit de doeken te doen, of een nieuwe manier van geld verdienen uit te leggen.

¹⁴ We zien binnen het bestek van deze verkenning af van een uitgebreide discussie over het concept innovatie.

Zie daarvoor bijvoorbeeld: Huizingh 2011.

¹⁵ Baden-Fuller & Morgan M. S. 2010

In het bijzonder binnen de media- en entertainmentindustrie worden bedrijven de laatste jaren steeds vaker gedwongen hun businessmodel bij te stellen, onder invloed van de veranderende markt. Belangrijkste aanleiding is dat digitale consumenten, wijs geworden door hun ervaringen met technologische mogelijkheden en nieuwe toepassingen, nieuwe eisen stellen aan producten en diensten van de industrie. Een van de bedrijfstakken die dat aan de lijve ondervonden heeft is de muziekindustrie.¹⁶ In 2004 deden Vaccaro en Cohn de volgende observatie ten aanzien van de reacties van de muziekindustrie op het gedrag van hun consumenten:

“Traditional firms [in the music industry - auteurs] have been accused of lacking the cultural capital to make a successful transition to a new business model in the information age, and it has been suggested that the record labels need to change their interaction from lawsuits to a marketing and promotional orientation.”¹⁷

In het voorbije decennium heeft de muziekindustrie haar businessmodel grondig bijgesteld. Anno 2018 maken totaal andere bedrijven de dienst uit dan in 2004, ten tijde van de observatie van Vaccaro en Cohn. Ook andere bedrijfstakken binnen de media- en entertainmentindustrie worden geconfronteerd met verschuivingen in de markt en in het gedrag van consumenten, vergelijkbaar met de muziekindustrie ruim een decennium geleden. Dat geldt bijvoorbeeld voor de omroepsector. Het traditionele lineair kijken en luisteren wordt minder belangrijk en het gebruik van online, on-demand diensten, aangeboden door nieuwe spelers op de markt, blijkt een substituum voor het aloude televisiekijken en radioluisteren. Mondiaal opererende online platforms veroveren een belangrijk deel van de markt die in het verleden door de gevestigde omroeporganisaties werd bediend. In het bijzonder voor jongeren hebben de traditionele spelers hun aantrekkelijkheid verloren. Die ontwikkeling ondergraaft hun businessmodel; advertentieopbrengsten vloeien weg. De traditionele spelers proberen vanuit hun bestaande praktijk met nieuwe diensten de transitie naar nieuwe modellen te maken en hun publiek aan zich te blijven binden, vooralsnog zonder doorslaand succes. Dat deze ontwikkeling repercussies heeft voor de gehele media-industrie kaart de Raad van Cultuur aan in een recent verschenen advies over de toekomst van de Nederlandse audiovisuele productiesector.¹⁸ Die zou door de verschuiving van de markt richting megaplatforms als YouTube, Facebook, Netflix en Amazon onder druk komen te staan. Een van de geïnterviewde experts in het kader van deze verkenning geeft aan dat de businessmodellen die stoelen op advertentie-inkomsten terrein verliezen ten

¹⁶ Zie ook: Huygen, Helberger, Poort, Rutten & Van Eijk, 2010; Poort, Rutten & Van Eijk 2011.

¹⁷ Vaccaro & Cohn 2004

¹⁸ Raad voor Cultuur 2018

faveure van op data gebaseerde modellen. De waarde zit nu in de gebruikersdata die meer waarde genereren dan de aan adverteerders verkochte kijktijd. Die trend is de drijvende kracht achter en de verklaring voor het streven van het Nederlandse Talpa om een zo groot en sterk mogelijk cross mediaal imperium te bouwen, dat een zo breed mogelijk Nederlands publiek aan zich weet te binden.

De voorbeelden van de muziekindustrie en de omroepsector laten zien dat digitalisering niet alleen noopt tot technologische innovatie, maar ook tot innovatie van businessmodellen. Omdat binnen de media-industrie exploitatie van informatie, of in bedrijfsjargon content, in veel gevallen de basis vormt van het businessmodel, is de bescherming en/of het hergebruik ervan op basis van auteursrecht een belangrijke conditie voor het (voort)bestaan van ondernemingen binnen die bedrijfstak. Hieronder gaan we kort in op wat een businessmodel is. Daarna presenteren we een typologie van drie soorten bedrijven en hun businessmodellen die we zijn tegengekomen bij de innovatieve mediabedrijven die zijn onderzocht.

2.3 BELANG EN DEFINITIE VAN BUSINESSMODEL

In het industriële tijdperk konden grote bedrijven jarenlang op hetzelfde model dominant en winstgevend blijven. De dynamiek was beperkt. Met de groeiende onvoorspelbaarheid van markten is de capaciteit van organisaties om te veranderen steeds belangrijker geworden. De huidige maatschappelijke en economische dynamiek verhoogt de urgentie om (haast constant) over nieuwe businessmodellen na te denken. Een goed businessmodel is essentieel voor elke succesvolle organisatie, of het nu een startende onderneming of een gevestigde speler betreft, of dat het gaat om een non-profit organisatie of een commerciële onderneming. Regelmatige evaluatie ervan is, in het licht van de permanent veranderende omgeving, geen overbodige luxe. Een businessmodel is geen statisch gegeven. Om succesvol te blijven dienen ondernemingen regelmatig hun businessmodel met een kritisch oog te bekijken en aan te passen aan veranderingen (of te verwachten veranderingen), die zich zowel binnen als buiten de onderneming afspelen. Een verandering in een businessmodel betekent ook dat er verstrekkende veranderingen in organisatorische middelen, processen en waardepropositie nodig zijn. Dit is vaak lastig aangezien specifieke handelingen en denkwijzen binnen een onderneming tot routines (bedrijfscultuur) zijn geworden en moeilijk te veranderen zijn. Het voorbeeld van de wijze waarop het businessmodel van de muziekindustrie in korte tijd radicaal is veranderd illustreert dat.

Onderzoek van The Economist uit 2005 geeft aan dat een meerderheid van de managers in de wereld concurrentie op basis van een nieuw businessmodel van groter belang acht dan concurrentie op basis van nieuwe producten of diensten.¹⁹ Het 'juiste' businessmodel kan echter niet los gezien worden van de specifieke onderneming, haar omgeving en de realisatie en toepassing ervan in een specifieke markt. In het afgelopen jaren is de betekenis van het

¹⁹ Economist Intelligence Unit 2005

businessmodelconcept gaandeweg uitgekristalliseerd. Echter, nog steeds wordt het concept te vaak verengt tot de wijze waarop een bedrijf zakendoet en inkomsten genereert.²⁰ Een businessmodel is echter niet gelijk aan het verdienmodel; een uitleg van hoe het bedrijf geld in het laatje brengt.²¹ Het gaat om een bredere, meer holistische visie die zich niet beperkt tot financiële aspecten. Het concept verwijst naar de 'logica' of de 'architectuur' achter waardecreatie voor klanten. We vatten, met Van Andel en Vandenbemt, het concept businessmodel als volgt op:

Een businessmodel is een logisch verhaal dat uitlegt wie de klanten van een onderneming of organisatie zijn, wat ze waarderen en hoe de organisatie of onderneming (binnen het waardenetwerk van de sector waarin deze opereert) economische rendementen kan genereren door het leveren van die waarde.²²

Deze omschrijving bestaat uit een aantal belangrijke elementen: de achterliggende logica van een organisatie, het benoemen van de klanten (of groepen van klanten), het begrijpen van de consumentenbehoefte en het vermogen van de organisatie om economische rendementen te genereren. Volgens Margetta²³ bestaat een businessmodel in feite uit twee delen: Het eerste heeft betrekking op alle activiteiten die te maken hebben met het tot stand brengen van een dienst of een product: design, de inkoop van middelen of grondstoffen en de productie. Het tweede deel heeft betrekking op alle activiteiten die te maken hebben met de verkoop: het vinden en het bereiken van klanten, het verkopen, distributie of het aanbieden van de dienst. Op beide niveaus spelen talent of human resources een belangrijke rol. Toegang tot menselijk kapitaal dat een onderneming of organisatie in staat stelt de doelen te realiseren is van cruciaal belang.

²⁰ Porter 2001

²¹ Teece 2010

²² Zie: Van Andel en Vandenbemt 2011, p.9.

²³ Margetta 2002.

Het begrip waarde neemt een centrale plaats in binnen de literatuur over businessmodellen. Allereerst omschrijft een businessmodel hoe een onderneming (klanten)waarde creëert door haar eigen kernwaarde(n) te benutten. Dat betekent dat er een duidelijke verbinding moet zijn tussen de kernwaarde van het bedrijf en die van de beoogde klanten en dat de organisatie die waarden levert aan haar klanten door middel van diensten of goederen. Daarin ligt de basis voor de relatie tussen de organisatie en haar klanten. Vervolgens moet een businessmodel duidelijk maken hoe deze geleverde (klanten)waarde wordt omgezet in rendement voor de organisatie.^{24;25} Dit komt tot uiting in de waardepropositie van de organisatie; dé reden waarom klanten een bepaalde organisatie verkiezen boven een andere. Een effectieve waardepropositie leidt tot een sterke verstandhouding en innige relatie tussen organisatie en klant en resulteert in aankoopbeslissingen en lange termijn relaties. Het vormt het startpunt van elk businessmodel. Bij succesvolle businessmodellen spelen de kernwaarde(n) van de onderneming in elke keuze binnen het relevante netwerk van bijvoorbeeld partners en toeleveranciers een cruciale rol. Zodoende ontstaat een model waarin in iedere element de werking ervan wordt versterkt.²⁶

2.4 TYPOLOGIE VAN INNOVATIEVE MEDIABEDRIJVEN

In de loop van de verkenning van belang en betekenis van auteursrecht voor Nederlandse innovatieve mediabedrijven met ambities op de Amerikaanse markt, kristalliseerde een duidelijk verschil uit tussen soorten bedrijven en hun gehanteerde businessmodellen. Dit verschil betrof zowel de inzet en het belang van soorten kennis en kunde, de rol van technologie, als de positie in het waardenetwerk en het belang en de betekenis van auteursrecht en in het verlengde daarvan: de wet- en regelgeving daaromtrent. Omdat deze verkenning niet op de eerste plaats het in kaart brengen van de verschillende businessmodellen van Nederlandse innovatieve mediabedrijven tot doel had, is de typering van de verschillende type bedrijven hierna schetsmatig. De voorgestelde typologie verdient het om in verder onderzoek nader onderzocht, uitgediept en verfijnd te worden. Centraal in de nu volgende beschrijvingen staat het type product of dienst, de elementen uit het businessmodel die verantwoordelijk zijn voor de waardegeneratie, de rol van technologie en uiteraard ook het belang van auteursrecht. We onderscheiden hier drie typen: mediatech bedrijven, digital design agencies en content bedrijven.²⁷

2.4.1 Mediatech Bedrijven

Het eerste type bestaat uit bedrijven die door een van de geïnterviewde sleutelfiguren wordt aangeduid als mediatech bedrijven. Dit zijn bedrijven die technologie ontwikkelen en applicaties aanbieden en ontwikkelen die media- en entertainmentbedrijven in staat stellen innovatieve concepten te realiseren. Ze opereren vooral aan de achterkant van de processen in de media-industrie. Wanneer digitale technologie de rol vervult van *enabling technology* komt die het meest pregnant tot uiting in de diensten van deze bedrijven en in de innovaties die zij mogelijk maken.

²⁴ Richardson 2008

²⁵ Chesbrough 2007

²⁶ Vgl. Van Andel en Vandenbempt 2012, 21-26.

²⁷ Tijdens de verkenning kwam naar voren dat niet alle typen bedrijven vertegenwoordigd waren in het consortium Dutch Media Innovators. Daarop zijn nog twee bedrijven benaderd voor een gesprek binnen de categorie content bedrijven.

Mediatech bedrijven zorgen bijvoorbeeld voor de applicaties die de bedrijven in staat stellen hun diensten op platforms aan te bieden. Daarbij kan het zowel gaan om het inzetten en implementeren van standaardoplossingen, als om het leveren van technologisch maatwerk, of een combinatie van beiden. In het geval van maatwerk investeert het mediatech bedrijf meer tijd en kennis en zijn de kosten voor de afnemer hoger. Er zijn in Nederland en wereldwijd meerdere bedrijven die in deze markt opereren, die momenteel groeiende is vanwege de transitie die bedrijven uit de mediasector maken naar een meer 'digitale toekomst'. De markt bestaat voor een belangrijk deel uit bedrijven uit de bestaande media-industrie. Die markt vraagt om specifieke mediatechnologie gerelateerde kennis, bijvoorbeeld van een bedrijf dat apps voor televisieomroepen ontwikkelt die OTT (*over the top television*) willen aanbieden. Een andere mogelijke activiteit van een mediatech bedrijf is het bouwen van websites en *backend* systemen voor klanten in de media- en entertainmentindustrie, bijvoorbeeld in verband met tweede scherm activiteiten van televisieomroepen. Echter ook de klantenkring buiten de directe traditionele mediasfeer is groeiende, in het bijzonder die van de *brands* die, vergelijkbaar met de media-industrie, online en interactieve diensten en platforms gebruiken om zichzelf te positioneren. Mediatech bedrijven zijn te vergelijken met fintech bedrijven die zorgen voor de realisatie van digitale en technologische innovatie in de financiële wereld.²⁸

Mediatech bedrijven bieden meestal diensten en producten aan met een repeterend karakter, die gestoeld zijn op (her)gebruik van technologie en kennis die door de bedrijven zijn ontwikkeld, in eerdere opdrachten of op basis van investeringen in research and development. Voor deze bedrijven is auteursrechtwetgeving van relatief geringe betekenis. Zij werken in opdracht van klanten op basis van contracten. Cruciaal voor mediatech bedrijven is om zoveel mogelijk van de uniek ontwikkelde kennis in de context van een opdracht te mogen hergebruiken in volgende opdrachten. Opdrachtgevers zijn doorgaans geneigd exclusieve claims te leggen op deze unieke kennis wanneer deze, via hergebruik binnen opdrachten voor concurrenten, het eigen concurrentievoordeel schaadt. Wanneer een mediatech bedrijf noodgedwongen van het gebruik van deze kennis moet afzien, heeft dat vaak een hogere prijs voor de opdracht tot gevolg. De kennispositie van het bedrijf vormt, in combinatie met de competentie van een bedrijf om met behulp van gespecialiseerd talent de opdrachten op niveau en snel uit te voeren, de assets van het bedrijf. Een gesprekspartner geeft aan dat de kracht van het bedrijf gestoeld is op de capaciteit om voortdurend applicaties te bieden waarin de nieuwste stand van de technologie is meegenomen en toegepast. Het bedrijf is in staat om producten en diensten te leveren die congruent zijn met de technologische eisen die de platforms die in de markt actief zijn vragen. Een ander bedrijf geeft aan dat de kerncompetenties van het bedrijf liggen in het snel ontwikkelen, schaal mogelijk maken en snel implementeren, in combinatie met kennis van de markt. Het gaat steeds om softwareoplossingen. Het businessmodel van mediatech bedrijven is gestoeld op het inzetten van personeel en technologische kennis tegen een dag- of uurtarief. Daarbij gaat het om uren van developers en begeleidende consultancy, mogelijk aangevuld met

²⁸ Zie bijvoorbeeld <https://hollandfintech.com/about-holland-fintech/>: "We embrace the future of digitisation and financial innovation. We want to empower everyone to make use of the financial solutions we have available on our platform to enhance economic empowerment and financial inclusion globally."

het licentie-inkomsten uit door het bedrijf ontwikkelde software. Technologie, kennis en de competenties om die door te ontwikkelen en toe te passen, vormen het hart van het businessmodel.

Naar schatting zijn naar schatting van een van de geïnterviewde experts, internationaal enkele tientallen mediatech bedrijven actief. In Nederland zijn onder meer actief: 24iMedia, People's Playground, the Widget Company en Angry Bytes. Internationaal gaat het om bedrijven als Acicodo (Zweden), Digiflair, Massive (UK), TV App Agency en Dot.screen. Ook zijn Tech giganten als Accenture en Negra actief op deze markt. Sommige mediabedrijven ontwikkelen dit soort innovaties vooral in huis, zonder inzet van een mediatech bedrijf.

2.4.2 Digital Design Agencies

Naast de mediatech bedrijven onderscheiden we digital design agencies als tweede type innovatief mediabedrijf. Digital design agencies combineren het aanbieden en ontwikkelen van technologie en applicaties met *design skills* en *capabilities*. In het bijzonder vertalen ze de specifieke contentproposities van *brands* en mediaconcerns naar diensten in het digitale domein. Deze bureaus zijn doorgaans niet verantwoordelijk voor het bedenken van een inhoudelijk concept en merkwaarden verbonden aan een brand.

Digital design agencies opereren voornamelijk in het waardenetwerk van de reclamesector. Op de golf van digitalisering zijn de digitale bureaus groot geworden. Reclamebureaus zijn juist in omvang geslonken of hebben digitale productiecapaciteit in huis opgebouwd. Digital design agencies zijn voor een deel afkomstig uit de designwereld, een andere deel kent een technologiebasis. Ze werken vaak nauwe samen met de reclamebureaus. Hun specialisme is het vertalen van de merkidentiteit naar een compleet digitaal dienstenaanbod, inclusief e-commerce platforms en social mediastrategieën, die stoelen op *data driven* concepten. Opbouw en onderhoud van *brand* identities en de profilering van het productportfolio's zijn steeds meer gebaseerd op digitale, interactieve en sociale media, maar ook op e-commerce platformen en systemen die op basis van data-analytics kleine doelgroepen met specifieke uitingen en proposities kunnen benaderen. Daarin moeten de juiste combinaties van de *juiste, touch, look and feel* gevonden worden. Digital agencies ontwerpen en ontwikkelen de tools voor merken om de relatie met het publiek, de gebruikers en de klanten te leggen en te managen. De investeringen die *brands* doen verschuiven daarmee van traditionele campagnes via lineaire media naar digitale formats en concepten waarbij het *brand* zich positioneert en zijn propositie neerzet en producten en diensten exploiteert. Reclamebureaus zijn daarin vaak nog steeds verantwoordelijk voor zaken als merkidentiteit, logo en positionering:

'The Big Idea'. Digital design agencies zorgen voor de vertaling naar diensten en toepassingen voor digitale platforms.

Ze verzorgen de *interfacing* naar de klanten op basis van de merkidentiteit die het reclamebureau uitwerkt en neerlegt. Ze ontwerpen de *customer interaction journey*. In sommige gevallen hebben merken hun branding en advertising diensten in huis en werken de digital design agencies direct voor het merk en niet via een reclamebureau.

Digital design agencies baseren hun propositie op de krachtige combinatie van design en technologie. Technologie speelt een belangrijke rol, maar staat minder centraal dan bij de mediatech bedrijven. Hier gaat het veel meer om het inzetten, benutten en te gelde maken van *design capabilities* om *brand extensions* te ontwikkelen, in het digitale domein. Van Andel en Vandenbemt hebben in hun boek *Creative Jumpers* al in 2012 het businessmodel van een Vlaams digital agency geanalyseerd en hun waardepropositie als volgt omschreven:

Middels digitale communicatie optimaal het concept en filosofie van een merk overbrengen met als doel een bijbehorende emotie te bewerkstelligen en klanten te begeleiden naar nieuwe platformen van technologieën.²⁹

Deze waardepropositie is in grote lijnen nog steeds van toepassing op de digital design agencies. De techniek en technologische kennis in combinatie met de ontwerpvaardigheden die gevraagd worden zijn de *unique selling points* van de digital design agencies. Hun businessmodel is in essentie gebaseerd op het factureren van uren en wijkt daarmee niet principieel af van het model dat in de designsector gangbaar is. Toch bouwen de bureaus wel eigen bronnen van waarde op, door de rechten op ontwikkelde technologie in het kader van opdrachten voor klanten in eigen hand te houden om die vervolgens te kunnen hergebruiken in andere opdrachten. In die zin is hun praktijk verwant aan die van de mediatech bedrijven. Dat stelt hen in staat in sommige gevallen een scherpere propositie neer te leggen, dan wel met ruimere marges te kunnen opereren. De concurrentieposities van Digitale Design Agencies is echter vooral gestoeld op hun portfolio's en minder op kosten. Wie voor belangrijke merken werkt en daar succesvol in is, heeft een goede positie op de markt. In dat opzicht gelden hier de wetten die ook in de traditionele reclame- en ontwerpwereld gelden. Een belangrijke kracht daarbij is ook de kracht om talent te binden, te koesteren en te behouden. Een ander belangrijke asset is de competentie van een bureau om snel te schalen. Slag- en schaalkracht zijn belangrijke additionele succesfactoren.

Voor digital design agencies speelt minder of geheel niet de kwestie van het beschermen van content op basis van auteursrechtwetgeving. De content van derden die ze gebruiken voor de ontwikkeling van producten en diensten is immers afkomstig van hun opdrachtgevers. Net als bij de mediatech bedrijven speelt voor de digital design agencies de kwestie rondom het hergebruik van kennis en technologie die in de context van een opdracht voor een klant is ontwikkeld. Het is in het belang van de bureaus om het recht op hergebruik zoveel mogelijk contractueel vast te leggen en niet alle rechten zonder meer over te dragen. Een van de gesprekspartners maakt het onderscheid tussen *background* en *foreground material*. Tot de

²⁹ Van Andel & Vandenbemt 2012, 156.

eerste categorie worden drie soorten software gerekend (1) *open source*, (2) *third party material* en (3) code door het bureau ontwikkeld in het kader van de opdracht. Inspanningen van het bureau in kwestie in de onderhandelingen met opdrachtgevers zijn gericht op het zoveel mogelijk verzekeren van het recht op hergebruik van de derde categorie software. Het gaat daarbij om *softwaretools (line of codes)* die het bedrijf voor de toepassing ontwikkelt, maar die dermate generiek zijn dat ze ook gebruikt kunnen worden voor de ontwikkeling van toepassingen voor nieuwe klanten. *Foreground material* heeft betrekking op de *look and feel* van de dienst en het product. Dat is grotendeels specifiek verbonden aan de dienst of het product dat voor de klant wordt geproduceerd. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de characters (specifiek voor de klant ontwikkeld) *stories* en *scripts* en het uiteindelijke product (bijvoorbeeld een game of een ander digitaal product). De basis voor het *foreground material* wordt geleverd door de klant (*client material*), maar het wordt doorgaans ook door het bureau bewerkt om te dienen binnen de dienst of het product dat aan de klant geleverd wordt. In de regel wordt nimmer getracht de rechten op *foreground material* te behouden. Doorgaans is dat dermate specifiek dat dit materiaal geen economische waarde voor het bedrijf representeert, omdat het niet bruikbaar is in nieuwe opdrachten. Wel wordt in de contracten opgenomen, dat het bedrijf recht heeft op aanvullende vergoedingen wanneer de klant delen van het *foreground material* zoals dat door het bureau is bewerkt, hergebruikt worden in de context van een ander product of een andere dienst. Dan immers is er sprake van een hernieuwde exploitatie van het werk van het bureau.³⁰ Deze uitgangspunten kunnen niet in ieder contract worden gerealiseerd. Echter wanneer aangegeven wordt dat de prijs voor de klant bij de overdracht van alle rechten aanzienlijk hoger is, volgt er meestal wel een gesprek over de voorwaarden en gaat de klant bewegen.

Binnen Nederland vormen de digital design agencies de laatste jaren de snelst groeiende bedrijfstak binnen de creatieve industrie. In totaal zijn er meer dan 110 bedrijven lid van de branchevereniging DDA. Meerdere van hen tellen inmiddels meer dan honderd werknemers, de grotere spelers zijn ook de sterkste groeiers gebleken in de afgelopen jaren. In 2016 zetten ze bijna € 620 miljoen om.³¹ Dat is een onderschatting van de totale omzet van de digitale designbureaus omdat een groot aantal kleine bureaus niet bij de DDA zijn aangesloten en daarmee niet in de genoemde cijfers terugkomen.³²

2.4.3 Contentbedrijven

Als derde type innovatief mediabedrijf onderscheiden we de contentbedrijven. Dat is de verzamelnaam voor ondernemingen die als kernactiviteit hebben het bedenken, ontwerpen, ontwikkelen en realiseren van audiovisuele inhoud, ter verspreiding en exploitatie door derden. Contentbedrijven ontwikkelen content en mediaformats en exploiteren die op de binnen- en

³⁰ Een voorbeeld van dit soort doorexplotatie van een creatief werk betreft Swoosh voor Nike, waarbij de ontwerper in eerste instantie slechts een eenmalige vergoeding voor de werkzaamheden ontving.

³¹ DDA/Conclusr Research 2016.

³² Rutten & Koops 2017, 75-78; DDA/Conclusr 2016.

buitenlandse markt. Ze ontlelen hun kracht vooral aan de creativiteit om nieuwe content en formats te ontwikkelen en die op de mediamarkt te exploiteren. Content en de rechten daarop zijn hun belangrijkste bronnen van waarde. De basis onder hun businessmodel wijkt daarmee sterk af van de vorige twee typen bedrijven die vooral varen op het zogenaamde *work for hire* model.

De afnemers van contentbedrijven variëren van individuele omroepen tot nieuwe en andersoortige *packagers* als online content providers en *brands*. *Packagers* zijn bedrijven en organisaties die bemiddelen tussen makers en producenten van content aan de ene en het publiek aan de andere kant. In veel gevallen zijn contentbedrijven en *packagers* verenigd onder dezelfde bedrijfsmatige koepel, omdat op die wijze synergie en strategisch voordeel behaald kunnen worden. Dat geldt bijvoorbeeld voor Talpa in Nederland, dat zowel content ontwikkelt en produceert als radio- en televisiestations exploiteert op de Nederlandse markt. Dat weerhoudt andere omroepbedrijven en -instellingen er niet van content van Talpa te betrekken. Bij contentbedrijven is de oriëntatie op technologie van de drie typen het kleinste, al speelt ook voor deze bedrijven technologie een belangrijke rol.

Van de drie onderscheiden typen bedrijven stoelt het businessmodel van contentbedrijven het sterkst op de auteursrechtenbescherming die wet- en regelgeving biedt. De omschrijving van het domein waarop auteursrecht betrekking heeft sluit, van de drie typen bedrijven, het nauwst aan bij het creatieve en scheppende karakter dat geldt voor content en formats. Volgens de wet moet er sprake zijn van een 'werk' van letterkunde, wetenschap of kunst.³³ Contentbedrijven hebben behoefte aan bescherming van de werken die zij voortbrengen, in de zin dat ze zeggenschap behoeven over het gebruik en de exploitatie van hun creaties. Dat is tegelijkertijd de belangrijkste economische basis van hun activiteiten als onderneming. Het auteursrecht geeft de rechtereigenaren een in principe monopolie op het gebruiksrecht, behoudens enkele voorbehouden of uitzonderingen, met het oog op maatschappelijk nut en belang. Tegelijkertijd willen contentbedrijven vaak gebruik kunnen maken van of voortbouwen op content en mediaformats van derden, als onderdeel van hun eigen creaties. In die hoedanigheid hebben ze baat bij de hiervoor genoemde voorbehouden of uitzonderingen en last van al te rigide en starre wet- en regelgeving.

³³ Vgl. paragraaf 4.2

Binnen het digitale domein functioneren innovatieve contentbedrijven vaak als opdrachtgever van mediatech bedrijven of digital design agencies. De laatsten zijn voor de afzet van hun producten en diensten vaak afhankelijk van omroepen, *broadcast networks*, platformexploitanten, maar ook de grote nationale en mondiale merken die zich steeds vaker ontpoppen als digitale *content providers*. In die zin opereren contentbedrijven een schakel verder stroomafwaarts in de waardeketen dat mediatech bedrijven en Digital design agencies. Dat betekent dat de strategische oriëntaties van bijvoorbeeld contentbedrijven vaak grenzen stellen aan de wijze van opereren van deze bedrijven. Wanneer mediatech bedrijven of digital design agencies op maat gemaakte producten of diensten leveren aan contentbedrijven zullen de laatsten koste wat kost aandringen op overdracht van alle rechten aan henzelf als opdracht gevende partij. Niet omdat contentbedrijven technologie of applicaties willen uitbaten, maar wel om zeker te stellen dat de ontwikkelde diensten of producten niet in handen van de concurrentie komen. De uiteindelijke uitkomst resulteert uit een proces van loven en bieden, waarin machtsverhoudingen tussen de partijen een belangrijke factor is.

Naast relatief grote en kapitaalkrachtige contentbedrijven die werken voor relatief grote internationale afnemers zijn kleinere producenten actief die op kleinere schaal werken aan een strategie van internationalisering. Ook deze spelers hebben op een tweezijdige manier te maken met auteursrecht. Allereerst om hun eigen werken te beschermen, maar ook om het gebruik van het materiaal van derden mogelijk te maken, onder meer op basis van citaatrecht. Ze zetten onder meer in op internationale coproductie en zoeken steun bij de productie van bijvoorbeeld documentaires bij verschillende nationale fondsen in Europese landen. Vervolgens trachten zij hun gerealiseerde producties te verkopen op de verschillende nationale markten in Europa en daarbuiten. Ook in die categorie wordt gezocht naar ingangen op de Amerikaanse markt. Daarbij biedt de toegenomen vraag naar content, onder meer door de opkomst van de nieuwe online platforms, een mogelijke markt. Die wordt momenteel actief verkend door de NPO die publiek gefinancierde content wil exploiteren via verschillende Video-On-Demand Platforms waaronder Netflix, maar ook KPN en Videoland.³⁴

Nederland neemt internationaal een relatief sterke positie in op het terrein van content ontwikkeling en -productie. Momenteel is Talpa een belangrijk internationale speler met een aantal belangrijke mondiale televisieformats. Talpa is een bedrijf met een groot aantal verschillende activiteiten. Haar internationale activiteiten stoelen voor een belangrijk deel op de exploitatie van (rechten op) content, onder meer in de Verenigde Staten. Talpa ontwikkelt assets, bijvoorbeeld tv-formats, en exploiteert die internationaal door het licenseren van rechten en voor een deel ook door deelname in de productie van diverse versies van programma's in het buitenland gebaseerd op formats van Talpa. Daarnaast maakt Talpa ook gebruik van de rechten op werken van derden, in het bijzonder in de productie van programma's, 'The Voice' is met afstand het belangrijkste format voor Talpa. Naast Talpa zijn er meerdere andere content

³⁴ www.broadcastmagazine.nl/online/npo-sluit-deals-met-netflix-kpn-en-videoland

producenten actief op de internationale markt, met Endemol als belangrijke wegbereider voor het Nederlandse product. Daarnaast zijn er ook tal van bedrijven op kleinere schaal actief. Ook op andere terreinen dan omroep kent Nederland een relatief sterke content traditie, onder meer binnen gaming.

2.5 CONCLUSIES

In dit hoofdstuk zijn we ingegaan op het concept innovatieve mediabedrijven of *media innovators* zoals dat in de vraag- en probleemstelling van dit project wordt gebruikt. We hebben innovatie hier opgevat als de succesvolle toepassing van nieuwe ideeën en nieuwe kennis. In het huidige tijdsgewricht stoelt het overgrote deel van de innovatie in de mediasector op de toepassing van digitale technologie. Om die reden is er in de context van het project Dutch Media Innovators ook wel sprake van digitale mediabedrijven, als synoniem voor innovatieve mediabedrijven. Toch is het een beperkte visie om innovatie in deze context te reduceren tot technologische innovatie, ontketend door digitalisering. Het gaat om meer: In dit hoofdstuk, als onderdeel van een verkenning van de betekenis van verschillende auteursrechtregimes voor mediabedrijven, hebben we naast technologie, de rol en betekenis van businessmodellen en de innovaties die betrekking hebben op dat domein onder de loep genomen. Dat is noodzakelijk omdat digitale innovatie direct raakt aan de businessmodellen van de media-industrie en omdat ook daarin innovatie vereist is. Juist in relatie tot auteursrechten is dat een centrale kwestie. De betekenis van auteursrechten voor de businessmodellen van de media-industrie kunnen we aflezen aan het belang van de verschillende bronnen van waarde die bedrijven exploiteren in hun businessmodel. Wanneer auteursrechten die assets beschermen en exploitatie mogelijk maken of juist bedrijven in staat stellen toegang tot door rechten beschermd materiaal van derden te krijgen, is auteurswetgeving van belang.

Om daar meer inzicht in en grip op te krijgen hebben we op basis van een verkenning in het mediaveld en literatuurstudie een typologie van innovatieve mediabedrijven ontwikkeld die ons in staat stelt de centrale onderzoeksvraag van deze verkenning beter te beantwoorden. Uiteindelijk resulteren drie categorieën mediabedrijven met verschillende businessmodellen die we in de rest van deze verkenning zullen hanteren.

Als eerste categorie onderscheiden we de mediatech bedrijven die technologie ontwikkelen en applicaties aanbieden en ontwikkelen die media- en entertainmentbedrijven in staat stellen innovatieve concepten te realiseren. Ze zijn vooral actief in het ontwikkelen van digitale toepassingen. Hun markt vraagt om specifieke mediatechnologie gerelateerde kennis, bijvoorbeeld over apps voor OTT (*over the top television*) en websites en *backend* systemen voor de media- en entertainmentindustrie, bijvoorbeeld voor *second screen* toepassingen. Succesvolle bedrijven in deze bedrijfstak zijn in staat vanuit de beschikbare kennis, met gespecialiseerd talent, de opdrachten voor mediabedrijven op niveau en snel uit te voeren en oplossingen snel 'te schalen'. Ze bieden applicaties aan waarin de nieuwste stand van de technologie wordt toegepast en die congruent zijn met de technologische eisen die klanten stellen. Het gaat steeds om softwareoplossingen. Het businessmodel van mediatech bedrijven is gestoeld op het inzetten van personeel en technologische kennis tegen een dag- of uurtarief. Daarbij gaat het om uren van developers en begeleidende consultancy, aangevuld met het licentie inkomsten uit software. Vooral met het oog op de laatste, relatief kleine inkomstenbron zijn auteursrechten relevant. Daarbij gaat het zowel om de exploitatie, in vervolgopdrachten, van eerder door het bedrijf ontwikkelde maatwerksoftware als om de toegang en gebruik van bestaande, al dan niet open source software.

De tweede categorie bestaat uit de digital design agencies. Ze combineren het aanbieden en ontwikkelen van technologie en applicaties met *design skills* en *capabilities*. Ze vertalen de specifieke contentproposities van *brands* en mediaconcerns in diensten in het digitale domein. digital design agencies opereren voornamelijk in het waardennetwerk van de reclamesector. Voor een deel kennen ze hun oorsprong in de designwereld, een andere deel is de technologiesector. Ze werken vaak nauwe samen met de reclamebureaus. Hun specialisme is het vertalen van de merkidentiteit naar een compleet digitaal dienstenaanbod, inclusief e-commerce platforms en social mediastrategieën, die stoelen op *data driven* concepten. Technologie speelt een belangrijke rol, maar staat minder centraal dan bij de mediatech bedrijven. Net als bij de mediatech bedrijven speelt voor de digital design agencies de kwestie rondom het hergebruik van kennis en technologie die in de context van een opdracht voor een klant is ontwikkeld. Het is in het belang van de bureaus om het recht op hergebruik zoveel mogelijk contractueel vast te leggen en niet alle rechten zonder meer over te dragen. Net als bij de mediatech bedrijven stoelt het verdienmodel van de digital design agencies op het inzetten van personeel en technologische kennis tegen een dag- of uurtarief. Andere inkomsten spelen een ondergeschikte rol.

Het derde type wordt gevormd door de contentbedrijven. Dat zijn ondernemingen die het bedenken, ontwerpen, ontwikkelen en realiseren van audiovisuele inhoud, ter verspreiding en exploitatie door derden als kernactiviteit kennen. Contentbedrijven ontwikkelen content en mediaformats en exploiteren die op de binnen- en buitenlandse markt van content packagers: omroepbedrijven en andere contentplatforms. Ze ontfangen hun kracht vooral aan de creativiteit om nieuwe content en formats te ontwikkelen en die op de mediamarkt te exploiteren. Content en de rechten daarop zijn hun belangrijkste *assets*. De basis onder hun businessmodel wijkt daarmee sterk af van de vorige twee typen bedrijven, die vooral varen op het zogenaamde *work for hire* model. Bijgevolg spelen auteursrechten en wet- en regelgeving daaromtrent een cruciale rol voor deze categorie. Contentbedrijven zijn, net als bijvoorbeeld omroepbedrijven (*broadcasting companies*), *brands* en andere exploitanten van content op de publiekmarkt, belangrijke opdrachtgevers van mediatech bedrijven en digital design agencies.

Resumerend geldt dat de mediatech bedrijven en digital design agencies hun verdien capaciteit vrijwel volledig stelen op het exploiteren van hoogwaardige arbeid voor opdrachtgevers, kort gezegd uur-factuur of *work for hire*. *Assets* die los daarvan worden ontwikkeld, gebaseerd op

technologie of design zijn er nauwelijks. Het gaat vooral om de competentie om talent te mobiliseren en te organiseren ten einde zo goed mogelijk aan de wensen van de opdrachtgevers te voldoen. Dat is heel anders bij de content bedrijven. Hun verdien capaciteit stoelt bijna volledig op de exploitatie van creatieve *assets* gestoeld op het auteursrecht dat daaraan bij wet, internationaal verbonden is.

In het volgende hoofdstuk schetsen we het analysekader van waaruit we de auteursrechtssystemen in de Europa en de Verenigde Staten gaan beschouwen. Dat gebeurt in hoofdstuk 4 (Europese systeem) en hoofdstuk 5 (Amerikaanse systeem).

3. ANALYSEKADER: TRADITIES, DIMENSIES EN DOMEINEN

Eén van de centrale doelen van deze verkenning is het in kaart brengen van de belangrijkste kenmerken van en verschillen tussen de auteursrechtregimes in Europa en de Verenigde Staten. In dit hoofdstuk schetsen we het analysekader dat we hanteren voor de beantwoording van deze vraag. Allereerst worden kort de tradities waarin het Anglo-Amerikaanse en Europese auteursrecht zijn geworteld, belicht. Daarna schetsen we de twee analyselijnen die we gebruiken om deze systemen met elkaar te vergelijken: bescherming van auteursrechten ten bate van rechthebbenden en het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal door bedrijven om nieuwe producties te creëren. Tenslotte geven we aan welke specifieke domeinen we, vanuit onze focus op innovatieve mediabedrijven, centraal stellen in onze analyse.

3.1 UTILITARISME EN NATUURRECHT

Er worden doorgaans twee tradities onderscheiden die aan de basis van het auteursrecht liggen: (1) de utilitaristische traditie en zijn onderliggende *copyright* theorie en (2) de natuurrechtelijke traditie, onderverdeeld in John Locke's theorie over werk en eigendom en de *droit d'auteur* of persoonlijkheidstheorie. De twee tradities vinden hun oorsprong in het gewoonterecht (de *common law* rechtstraditie), respectievelijk het continentale recht (de *continental law* rechtstraditie).³⁵ De utilitaristische traditie ligt aan de basis van het auteursrecht in de Verenigde Staten en de natuurrechtelijke traditie vormt de grondslag voor het auteursrecht in Europa, in elk geval wat het continentale gedeelte betreft.

In de utilitaristische traditie staat de maatschappij als geheel centraal. Auteursrechtbescherming is daarin gericht op de praktische organisatie van markten, stelt efficiëntie-overwegingen centraal en kent een focus op verspreiding van werken voor redenen van welzijn en welvaart. Het startpunt van deze traditie is 'sociaal nut', waarbij intellectueel eigendom bijdraagt aan het bevorderen van voordelen voor de maatschappij als geheel. Met het oog daarop moeten exclusieve rechten van rechthebbenden, die de creatie van nieuwe werken moeten stimuleren, niet breder worden geformuleerd dan nodig, aangevuld met flexibele uitzonderingen.³⁶

In de natuurrechtelijke traditie en in het bijzonder onder de *droit d'auteur* en persoonlijkheidstheorie staat, de naam zegt het al, de auteur centraal als het gaat om de theorie en ratio's voor het toekennen van bescherming en auteursrechten. Onder de natuurrechtelijke traditie verkrijgt de auteur een eigendomsrecht op grond van de enkele creatiehandeling,

³⁵ Senftleben 2004, p. 6.

³⁶ Idem, p. 6-7.

vanwege de band tussen auteur en de creatie. Het auteursrecht ontstaat automatisch; de wet erkent deze situatie alleen formeel, maar schept geen rechten als zodanig, die zijn er simpelweg. Om auteurs te laten profiteren van het gebruik van hun uiting van zelfexpressie moeten de exclusieve rechten breed worden geconstrueerd, tegenover beperkte uitzonderingen.³⁷

Echter, in de praktijk is de scheiding tussen de twee tradities niet zo strikt als het lijkt. Zo zijn er bijvoorbeeld utilitaristische overwegingen zichtbaar in de Europese Richtlijn gericht op de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.³⁸ In de preambule wordt aan de ene kant gewezen op de noodzaak voor een “hoog beschermingsniveau [...] omdat die rechten van wezenlijk belang zijn voor scheppend werk” en dus bijdragen aan “de instandhouding en ontwikkeling van de creativiteit”, wat gepaard gaat met een “passende beloning” voor het gebruik van artistiek werk (een natuurrechtelijke opvatting). Aan de andere kant wordt die bescherming niet alleen in het belang geacht van de auteurs, maar ook van de “verspreiding van cultuur” in het publiek belang (utilitarisme).³⁹ Bovendien benadrukt de preambule dat geharmoniseerde auteursrechtregels “een hoog niveau van bescherming van de intellectuele eigendom waarborgen en aldus aanzienlijke investeringen in creativiteit en innovatie, met inbegrip van de netwerkinfrastructuur, bevorderen [...]”.⁴⁰ Dit is wederom een meer utilitaristische overweging.

In hoofdstuk 4 wordt het Europese auteursrechtregime geanalyseerd, in hoofdstuk 5 het Amerikaanse.

³⁷ Idem, p. 6.

³⁸ Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

³⁹ Richtlijn 2001/29/EG, overwegingen 9-10 en 22.

⁴⁰ Richtlijn 2001/29/EG, overweging 4.

3.2 GEBRUIK EN BESCHERMING

De producten en diensten van innovatieve mediabedrijven roepen diverse auteursrechtelijke vragen op. Innovatieve mediabedrijven zullen allereerst hun eigen content adequaat willen beschermen. Tegelijkertijd is het voor de ontwikkeling van nieuwe diensten en producten vaak nodig om gebruik te maken van (delen van) auteursrechtelijk beschermde werken waarvan de rechten bij derden liggen. Er is dus sprake van een tweedimensionale relatie met het auteursrecht; een beschermingsvraag (1) en de kwestie van toegang tot content (2).

Het auteursrecht is gestoeld op een balans tussen rechten van makers en het publieke belang in toegang tot creatieve werken. Idealiter vindt dit juridische instrument een evenwicht tussen het stimuleren van innovatie en het beschermen van creatie. Soms wordt meer ruimte voor toegang en gebruik gezien als bedreiging voor innovatie, omdat het ten koste gaat van de rendabiliteit van de exploitatie van de door derden gebruikte werken. Ook het omgekeerde wordt beweerd, namelijk dat te veel bescherming innovatie in de weg staat. Innovatieve mediabedrijven hebben ruimte nodig om verder te ontwikkelen en daarbij speelt toegang tot de werken van derden doorgaans een grote rol.

Het Europese juridische kader bestaat voor het evenwicht tussen bescherming enerzijds, en toegang anderzijds, uit een systeem van exclusieve rechten in combinatie met een gesloten lijst van beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht. Dit systeem krijgt vaak het verwijt dat het ontbreekt aan flexibiliteit en daarmee mogelijk een barrière voor innovatie vormt.

Het Amerikaanse juridische systeem kent een andere benadering voor toegang tot en gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal, gebaseerd op én beperkingen en uitzonderingen én het concept *'fair use'*. Dit gaat uit van een zogenaamde 'open norm' en niet van een limitatieve lijst van uitzonderingen op het auteursrecht, zoals het Europese systeem. Deze *'fair use doctrine'* geeft invulling aan een meer flexibele benadering van uitzonderingen: Als tegenwicht voor de exclusieve rechten die aan rechthebbenden worden toegekend, kan bepaald gebruik van beschermde content bepaalde sociale of innovatieve doeleinden dienen en daarom als uitzondering op het *copyright* gelden. Per zaak moeten vier factoren afgewogen worden om te bepalen of het gebruik van een werk *'fair'* dan wel inbreukmakend is.⁴¹ Het Amerikaanse systeem is daarmee meer flexibel dan het Europese. Interpretatie en invulling is minder rigide dan bij afhankelijkheid van een aantal vastgelegde beperkingen en uitzonderingen, zoals het Europese systeem die kent. Anderzijds kan er in dit systeem sprake zijn van meer onzekerheid bij rechthebbenden en gebruikers, juist omdat het om een open norm gaat.

Ook aan de beschermingskant bestaan verschillen tussen het Europese/Nederlandse en Amerikaanse systeem. Zo kent Nederland de Wet auteurscontractenrecht,⁴² terwijl in de Verenigde Staten een grote mate van contractsvrijheid geldt. Dit is opnieuw een illustratie van het feit dat het Europese systeem de auteur meer centraal stelt dan het Amerikaanse.

⁴¹ Zie verder paragraaf 5.1

⁴² Andere Europese landen die auteurscontractenregels kennen, zijn onder andere Frankrijk, Duitsland en België; zie de rechtsvergelijking in Hugenholtz & Guibault 2004. Zie ook Bently, Kretschmer et al. 2017 voor een vergelijking van de wetgeving van zeven Europese landen met het Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt.

3.3 SOFTWARE EN GAMES, DIGITAL DESIGN EN TELEVISIEFORMATS

Om de verkenning van de auteursrechtssystemen in Europa en de Verenigde Staten toe te spitsen, gaan we in op de positie onder het auteursrecht van een drietal domeinen of producten en diensten die specifiek relevant zijn voor de hier onderzochte innovatieve mediabedrijven. We hebben vastgesteld dat de innovatieve of digitale mediabedrijven die we in het vorige hoofdstuk hebben getypeerd in het bijzonder actief zijn binnen de volgende drie domeinen: (1) software en games, (2) digital design en (3) televisieformats en audiovisuele content in het algemeen.

3.4 CONCLUSIES

De continentaal Europese en Amerikaanse auteursrechtssystemen zijn ieder geworteld in een eigen juridisch historische traditie. Voor de Europese is dat de natuurrechtelijke traditie, en die van de *droit d'auteur* of persoonlijkheidstheorie. In de uitwerking van dit principe in wet- en regelgeving mondde dit uit in een sterk op de persoon van de auteur en zijn of haar creatie gerichte benadering, met een nadruk op bescherming en daarbij een gelimiteerde lijst van optionele beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht met het oog op maatschappelijk nut. De Amerikaanse benadering staat te boek als de utilitaristische traditie wat vertaald is in copyright wet- en regelgeving. Veel meer dan in Europa gaat het om de praktische organisatie van markten, efficiëntie-overwegingen staan centraal en er is een focus op verspreiding van werken met het oog op nut voor de samenleving als geheel. Daarom worden exclusieve rechten van rechthebbenden, die de creatie van nieuwe werken moeten stimuleren, niet breder geformuleerd dan nodig. In de uitzondering op het auteursrecht gaat het Amerikaanse stelsel uit van een open norm, 'fair use', waarbij aan de hand van een viertal factoren getoetst wordt of er sprake kan zijn van een concrete uitzondering op het auteursrecht.

In de bespreking van beide systemen wordt uitgegaan van een tweetal dimensies binnen het auteursrecht die ook in het bijzonder relevant zijn voor innovatieve mediabedrijven: enerzijds gebruik en toegang, en anderzijds bescherming. Allereerst gaan we aan de hand van wet- en regelgeving en (literatuur over) zaken na hoe in beide systemen in concreto wordt omgegaan met uitzonderingen op het auteursrecht. Dat is voor innovatieve mediabedrijven relevant omdat daarmee de mogelijkheden van het gebruik van materiaal van derden beter in beeld komen, zowel in de Verenigde Staten als in Europa. Daarnaast gaan we voor beide systemen op dezelfde wijze na hoe de bescherming van werken is geregeld en waar de grenzen liggen. Dat is voor innovatieve mediabedrijven relevant omdat ze op basis daarvan kunnen bepalen op welke wijze ze de exploitatie van hun bronnen van waarde kunnen aanpakken.

Zoals aangegeven wordt de behandeling van beide auteursrechtssystemen geconcretiseerd aan de hand van een drietal domeinen of categorieën producten en diensten: (1) software en games, (2) digital design en (3) formats en andere audiovisuele producten en diensten. Deze producten en diensten dekken voor het overgrote deel die van Nederlandse innovatieve mediabedrijven die zakelijke ambities koesteren op de Amerikaanse markt.

4. AUTEURSRECHT WETGEVING IN EUROPA

4.1 ACHTERGROND

Het auteursrecht in Europa wordt geregeld in verschillende richtlijnen. Er is geen sprake van een Europese auteurswet als zodanig. Kenmerkend voor het Europese kader is de verplichting van lidstaten om de Europese regels in hun nationale auteurswetten te implementeren. Op een aantal punten wordt op die wijze harmonisatie beoogd binnen Europa. De Nederlandse Auteurswet (Aw) is het relevante kader voor Nederlandse innovatieve mediabedrijven. Maar, de Europese regels, zowel wat betreft bescherming als beperkingen en uitzonderingen, worden wel uitgelegd door een Europese rechter. De uitleg van de Europese rechter dient dan ook de geldende interpretatie in de lidstaten van de EU te zijn. In recente jaren zijn er (controversiële) uitspraken geweest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU), bijvoorbeeld op het gebied van hyperlinking.⁴³ Ook heeft het HvJ-EU in een lijn van rechtspraak het zogenaamd originaliteitscriterium nader toegelicht.⁴⁴

De meest relevante Europese richtlijnen en verordeningen of voorstellen daartoe zijn:

- [Richtlijn 93/83/EEG](#) tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel;
- [Richtlijn 96/9/EG](#) betreffende de rechtsbescherming van databanken;
- [Richtlijn 2001/29/EG](#) betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (ook wel *Infosoc Richtlijn*);
- [Richtlijn 2000/31 /EG](#) inzake elektronische handel;
- [Richtlijn 2004/48/EG](#) betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten;
- [Richtlijn 2006/115/EG](#) betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom;
- [Richtlijn 2006/116/EG](#) betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten;

⁴³ Zie *GS Media BV t. Sanoma Media Netherlands BV* (zaak C-160/15, 2016).

⁴⁴ Zie S.J. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch: A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright' in M.M.M. van Echoud (ed.), *The Work of Authorship*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 95-143 over de relatief lage originaliteitsdrempel voor auteursrechtelijke bescherming als uitgelegd door het Hof van Justitie, waar hij de volgende lijn jurisprudentie analyseert: *Infopaq International t. Danske Dagblades Forening* (zaak C-5/08, 2009), para 37; *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* (zaak C-393/09, 2010); *Football Association Premier League & Others t. QC Leisure & Others* (zaak C-403/08, 2011), para 97; *Painer t. Standard VerlagsGmbH & Others* (zaak C-145/10, 2011), para 87; *Football Dataco Ltd & Others t. Yahoo!* (zaak C-604/10, 2012), para 37; en *SAS Institute Inc. t. World Programming Ltd* (zaak C-406/10, 2012), para 45.

- [Richtlijn 2009/24/EG](#) betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (ook wel *Softwarerichtlijn*);
- [Richtlijn 2010/13/EU](#) betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (*Richtlijn audiovisuele mediadiensten*);
- [Richtlijn 2012/28/EU](#) inzake bepaalde toegestane gebruikswijzen van verweesde werken;
- [Richtlijn 2014/26/EU](#) betreffende het collectieve beheer van auteursrechten en naburige rechten en de multi-territoriale licentieverlening van rechten inzake muziekwerken voor het online gebruik ervan op de interne markt;
- [Voorstel Richtlijn tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU](#) betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten in het licht van een veranderende marktsituatie (d.d. 25 mei 2016);
- [Voorstel voor Verordening](#) tot vaststelling van voorschriften inzake de uitoefening van auteursrechten en naburige rechten die van toepassing zijn op bepaalde online uitzendingen van omroeporganisaties en doorgifte van televisie- en radioprogramma's (dd. 14 september 2016);
- [Voorstel Richtlijn](#) inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (dd. 14 september 2016).

4.2 UITZONDERINGEN: TOEGANG EN GEBRUIK

Naast de exclusieve rechten van auteursrechthebbenden, namelijk het reproductierecht, het recht van mededeling aan het publiek en het distributierecht,⁴⁵ zijn ook de beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht vrij vast omlind opgenomen in de Infosoc Richtlijn. Artikel 5 bevat een lijst van beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht, zoals op het gebied van tijdelijke kopieën, privé-kopiëren, welbepaalde gevallen van reproductie door bibliotheken, tijdelijke opnamen van omroeporganisaties, toelichting bij het onderwijs, weergave in de pers, citeren, parodie en dergelijke. Dit is kenmerkend voor het Europese auteursrechtregime. Zoals gezegd wordt deze vaste lijst van uitzonderingen wel als een belemmering van flexibiliteit gezien. Toch wordt hierover tegelijkertijd opgemerkt dat hiervoor meer ruimte bestaat dan de gesloten lijst suggereert.⁴⁶ Bovendien kan er flexibiliteit worden gezocht door middel van interpretatie en uitleg van termen en begrippen, zoals bijvoorbeeld 'parodie'.⁴⁷

(Her)gebruik van bestaande content wordt gezien als een belangrijke voorwaarde voor verdere innovatie en creatie in de audiovisuele sector. Zo is er bijvoorbeeld bijzonder veel aandacht voor digitalisering, preserving en ontsluiting van audiovisuele werken door kennisinstellingen en archieven. Dit kan waardevolle content zijn voor nieuwe diensten en producten. In de relevante Europese regelgeving en voorstellen geldt echter een belangrijke voorwaarde: handelingen als digitalisering, preserving en ontsluiting met betrekking tot bestaande werken zijn voorbehouden aan niet-commerciële actoren en doelstellingen. In het Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt zijn onder andere regels omtrent (user-generated content) platforms, tekst en datamining en digitaliseringsvragen opgenomen.

Voor tekst en datamining en digitalisering bijvoorbeeld, worden nieuwe uitzonderingen van dwingend recht voorgesteld. Maar hier zijn een aantal voorwaarden aan verbonden. Zo zijn de uitzonderingen voorbehouden aan onderzoeksorganisaties en cultureel erfgoedinstellingen en gelden ze niet voor commerciële ondernemingen. Ook gaan ze slechts op voor specifieke activiteiten. Voor tekst en datamining gelden deze uitzonderingen voor: "reproductions and extractions made *by research organisations and cultural heritage institutions* in order to carry out text and data mining of works or other subject-matter to which they have lawful access, *for the purposes of scientific research* (cursief toegevoegd)."⁴⁸ Ofwel: het gebruik moet plaatsvinden door onderzoeksinstellingen en voor doeleinden van wetenschappelijk onderzoek. Voor digitalisering geldt de uitzondering specifiek voor preservingdoeleinden door cultureel erfgoedinstellingen: "to make copies of any works or other subject-matter that are permanently in their collections, in any format or medium, *for the purpose of the preservation of such works or other subject-matter and to the extent necessary for such preservation* (cursief toegevoegd)."⁴⁹ Het nieuwe voorstel lijkt

⁴⁵ Artikelen 2, 3 en 4 Richtlijn 2001/29/EG.

⁴⁶ Hugenholtz & Senftleben 2011, p. 2, 4.

⁴⁷ Zie voor uitleg van het begrip 'parodie' uit de parodie-exceptie bijvoorbeeld Hof van Justitie EU, 3 september 2014, C-201/13 (Deckmyn / Vandersteen), waarbij voor 'parodie' sprake moet zijn van een nabootsing met duidelijke verschillen en van humor of spot. Verder moet per geval worden bekeken hoe de balans moet worden gemaakt tussen de belangen van auteursrechthebbenden en de vrije meningsuiting van derden. Alle omstandigheden moeten hierbij worden meegenomen. In de huidige zaak was dat bijvoorbeeld het door de rechthebbenden ingeroepen associatiegevaar met de discriminerende inhoud van de parodie. Zie Breemen 2014 (Annotatie bij Hof van Justitie EU 3 september 2014 (Deckmyn/ Vandersteen), *European Human Rights Cases* 2014-12, p.657-662, par. 5-6.).

⁴⁸ Artikel 3 van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

⁴⁹ Artikel 5 van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

dus alsnog afhankelijk van een tamelijk rigide systeem van statische uitzonderingen (*'closed catalogue'*), ondanks de roep om meer flexibiliteit.⁵⁰

Voor kwesties omtrent digital content platforms in relatie tot toegang tot content en auteursrecht is een aantal richtlijnen en bepalingen relevant. Dat geldt in het bijzonder wanneer het gaat om aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuk. Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel, ook wel de E-commerce richtlijn genoemd, bevat in Artikelen 12-14 regels die de aansprakelijkheid van internettussenpersonen kunnen beperken. Bovendien bevat Artikel 15(1) van deze richtlijn een monitoringsverbod, ofwel: er mag geen algemene toezicht verplichting worden opgelegd aan dienstverleners in de zin van Artikelen 12-14 die betrekking heeft op de informatie die zij doorgeven of opslaan, of om actief naar feiten en omstandigheden te zoeken die onwettige activiteiten signaleren. Echter, het originele voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt stelt in Artikel 13 dat:

“Aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij die grote hoeveelheden door hun gebruikers geüploade werken en andere materialen opslaan en publieke toegang daartoe verlenen, nemen in samenwerking met rechthebbenden maatregelen om de werking van overeenkomsten met rechthebbenden voor het gebruik van hun werken of andere materialen te verzekeren en om via samenwerking met de dienstenaanbieders te voorkomen dat op hun diensten door rechthebbenden aangewezen werken of andere materialen beschikbaar worden gesteld. Deze maatregelen, zoals het gebruik van effectieve technologieën voor herkenning van inhoud, zijn passend en evenredig. Dienstenaanbieders verstrekken rechthebbenden passende informatie over de invoering en de werking van de maatregelen, alsmede, indien van toepassing, passende verslagen over de herkenning en het gebruik van de werken en andere materialen.”⁵¹

⁵⁰ Hugenholtz & Senftleben 2011.

⁵¹ Artikel 13 van het originele Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (dd. 14 september 2016).

De laatste draft van het nieuwe voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt van de European Council van 25 mei 2018 stelt in Artikel 13 dat platforms aansprakelijk zijn voor ongeautoriseerde mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek als ze het publiek toegang geven tot auteursrechtelijk beschermde werken of andere beschermde content, dat is geüpload door gebruikers.⁵² Platforms kunnen aansprakelijkheid ontlopen door beschikbaarheid van dergelijke werken te voorkomen en daartoe alle mogelijke maatregelen te treffen. Dergelijke maatregelen zijn bijvoorbeeld (alsnog) het opzetten van content herkenningssystemen (ofwel: monitoren en filteren door middel van een zogenaamd 'copyright filter'). Hiermee vervangt het de directe filteropdracht uit het originele voorstel, maar lijkt het toch een controversiële maatregel te blijven.⁵³ Er wordt in het debat over de nieuwe voorstellen vooral benadrukt dat de positie van met name kleinere platforms moeilijker wordt onder deze voorgestelde regel. Immers, het opzetten van een dergelijk content herkenningssysteem zal voor kleinere, innovatieve platforms een zeer, zo niet te, kostbare aangelegenheid zijn.⁵⁴ Bovendien wordt het gevaar voor censuur vaak benadrukt in argumenten tegen het voorstel.

De vraag rijst aldus in hoeverre (de belangen van) innovatieve mediabedrijven aan bod komen in het voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in een digitale eengemaakte markt. Op het eerste gezicht zijn de meeste regels van toepassing op onderwijs, onderzoek, preserving en erfgoedinstellingen, en naburige rechten voor uitgevers.⁵⁵ Het enige dat enigszins tegemoet komt aan innovatieve mediabedrijven is een opdracht voor staten om juridische mechanismen te realiseren voor licentieovereenkomsten voor out-of-commerce werken⁵⁶ en te zorgen voor mechanismen die onderhandelingen moeten faciliteren over online exploitatie van audiovisuele werken.⁵⁷ Verder bevat het voorstel juist verplichtingen voor online service providers die 'op content' draaien, bijvoorbeeld om effectieve technologieën te ontwikkelen ter herkenning van auteursrechtelijke beschermd materiaal.⁵⁸ Met andere woorden: de ruimte voor innovatieve mediabedrijven die afhankelijk zijn van toegang tot (online) content om innovatieve diensten te ontwikkelen is binnen de Europese regelgevende kaders nauwelijks een onderwerp. De nadruk ligt vooral op de mogelijkheden van rechteneigenaren om auteursrechtelijk materiaal te herkennen en te beschermen.

Echter, nu het Europese Parlement op 5 juli jl. in een stemming bepaalde dat het geheel terug naar de tekentafel moet, is het nog even afwachten hoe de uiteindelijke Richtlijn er uit komt te zien. Op 12 september zal het gehele Parlement een stemming houden over de aanpassingen.

Overigens houden de beperking en uitzonderingen die hierboven worden beschreven in dat gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken onder bepaalde omstandigheden zonder toestemming is toegestaan, al dan niet tegen betaling van een vergoeding. Dit betekent niet dat

52 Artikel 13(1)(3) van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

53 Julia Reda, Europarlementariër voor de Piratenpartij, is bijvoorbeeld bijzonder kritisch over de voorstellen. Zie haar website als uitgebreide resource over de EU auteursrechthervorming: <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/>.

54 Zie verder voor een uitgebreide studie over online platforms en het Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt: Angelopoulos 2017.

55 Respectievelijk Artikel 4, 3, 5 en 11 van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

56 Artikel 7 van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

57 Artikel 10 van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

58 Artikel 13 van de versie van het voorstel van de European Council (25 mei 2018), beschikbaar via:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_9134_2018_INIT&from=EN.

andere vormen van gebruik van werken onmogelijk zijn, maar dat daarvoor toestemming en contractuele overeenkomsten zoals licenties vereist zijn. In het verleden is het auteursrecht, onder meer door de *'recording industry'*, als verbodsrecht gehanteerd, waardoor nieuwe digitale diensten waar in de maatschappij behoefte aan was niet van de grond kwamen.⁵⁹ Dat onder andere heeft het argument gevoed dat auteursrecht innovatie in de weg staat.

4.3 BESCHERMING

Om in aanmerking te komen voor auteursrechtbescherming geldt een aantal vereisten: Er moet sprake zijn van een 'werk' van letterkunde, wetenschap of kunst dat een zekere mate van originaliteit reflecteert en niet slechts een idee betreft. 'Nieuwe', innovatieve en op digitale technologie gestoelde producten of diensten roepen vaak vragen op voor de beschermingskwestie, bijvoorbeeld als het gaat om de begrippen 'werk' en 'originaliteit'. In deze paragraaf worden achtereenvolgens de moeilijkheden en mogelijkheden voor bescherming van software en games, digital design en formats van audiovisuele content beschreven.

4.3.1 Software en Games

Deze paragraaf bespreekt de volgende auteursrechtelijke vragen die relevant zijn voor software en games:

1. In hoeverre zijn software en games beschermd onder het auteursrecht in het licht van auteursrechtelijke criteria als 'werk', 'originaliteit' en de 'idee/expressie dichotomie'?
2. Wat is wel en wat is niet beschermbaar materiaal?

De bescherming van software wordt geregeld in Richtlijn 2009/24/EG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, ook wel de Softwarerichtlijn genoemd. Deze Richtlijn voorziet in auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's, zonder af te doen aan andere manieren van bescherming, zoals octrooirecht, contractenrecht en mededingingsrecht.⁶⁰ Dit betekent dat auteursrechtelijke aspecten en vereisten, zoals originaliteit en een literair karakter, centraal staan. Zoals Artikel 1(1) van de Richtlijn stelt:

"Overeenkomstig deze richtlijn worden computerprogramma's door de lidstaten auteursrechtelijk beschermd als werken van letterkunde in de zin van de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst. De term 'computerprogramma' in de zin van deze richtlijn omvat ook het voorbereidend materiaal."

⁵⁹ Zie onder meer: Rutten & van Bockxmeer 2003; A. Huygen, N. Helberger, P. Rutten, J. Poort, P. Rutten & N. Van Eijk 2009.

⁶⁰ Blocher & Walter 2010, p. 91.

Het HvJ-EU heeft zich in een aantal zaken over het originaliteitscriterium gebogen, waaronder *Infopaq*, *Painer* en *Football Dataco*. Deze zaken betroffen achtereenvolgens originaliteit en nieuwsartikelen, portretfoto's en databanken. De algemene standaard die geldt, is dat auteursrechtelijke bescherming toekomt aan materiaal dat origineel is in die zin dat het de "eigen intellectuele schepping" is van een auteur.⁶¹ Er is sprake van een dergelijke eigen intellectuele schepping wanneer het de persoonlijkheid van de auteur reflecteert.⁶² En er is sprake van een dergelijke uitdrukking van diens persoonlijkheid als de auteur zijn of haar creatieve vaardigheden heeft kunnen uiten bij het vervaardigen van het werk door vrije en creatieve keuzes te maken.⁶³ Dit vormt als het ware een "persoonlijke noot",⁶⁴ of stempel,⁶⁵ van de auteur.

Voor nieuwsartikelen, zoals bijvoorbeeld onderwerp van *Infopaq*, wordt de eigen intellectuele schepping doorgaans gevormd door de vorm, de presentatie van het onderwerp en het taalgebruik.⁶⁶ De elementen van dergelijke werken bestaan uit woorden, die in isolatie geen eigen intellectuele creatie van de auteur beslaan, maar door de keuze, schikking en combinatie van de woorden kan een auteur toch uitdrukking geven aan zijn of haar "creatieve geest" en een intellectuele schepping creëren.⁶⁷ Zinnen of zinsdelen kunnen dus in aanmerking komen voor auteursrechtelijke bescherming.⁶⁸ Voor portretfoto's kan de auteur op verschillende momenten vrije en creatieve keuzes maken, zoals inscenering, pose en belichting in de voorbereiding; camera-instellingen, sfeer en invalshoek in de productiefase; en techniek of gebruik van software bij het ontwikkelen,⁶⁹ om op die manier zijn of haar persoonlijk stempel toe te voegen aan het werk.⁷⁰ Bij databanken kan aan het oorspronkelijkheidscriterium worden voldaan wanneer de maker bij keuze of rangschikking van de gegevens zijn of haar creatieve vaardigheden op een originele manier heeft kunnen uiten door het maken van vrije en creatieve keuzes en aldus een 'persoonlijke noot' aan te brengen in zijn of haar werk.⁷¹

Voor originaliteit van software kunnen we kijken naar Artikel 1(3) van de Softwarerichtlijn. Zoals daar gesteld, geldt de bescherming wanneer:

"[E]en computerprogramma wordt beschermd wanneer het in die zin oorspronkelijk is, dat het een eigen schepping van de maker is. Om te bepalen of het programma voor bescherming in aanmerking komt, mogen geen andere criteria worden aangelegd."

⁶¹ *Infopaq* 2009, par. 37; *Painer* 2011, par. 87; *Football Dataco* 2012, par. 29.

⁶² *Painer* 2011, par. 88, verwijzend naar par. 17 van de considerans van de thans niet meer geldende Richtlijn 93/98/EEG betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten.

⁶³ *Painer* 2011, par. 89, verwijzend, *a contrario*, naar *Football Association Premier League and Others* 2011, par. 98: "Een sportwedstrijd kan echter niet worden beschouwd als een intellectuele schepping die kan worden aangemerkt als een werk in de zin van de richtlijn auteursrecht. Dat is in het bijzonder het geval voor voetbalwedstrijden, waarbij spelregels gelden die geen ruimte laten voor creatieve vrijheid in auteursrechtelijke zin."

⁶⁴ *Painer* 2011, par. 92; *Football Dataco* 2012, par. 38.

⁶⁵ Van Gompel 2014, p. 95.

⁶⁶ *Infopaq* 2009, par. 44.

⁶⁷ *Infopaq* 2009, par. 45.

⁶⁸ *Infopaq* 2009, par. 47.

⁶⁹ *Painer* 2011, par. 91.

⁷⁰ *Painer* 2011, par. 92.

⁷¹ *Football Dataco* 2012, par. 38.

In een Franse zaak uit 2011 had het Hof van Beroep van Aix-en-Provence gesteld dat een computerprogramma aan het originaliteitscriterium voldeed slechts op basis van de vaststelling dat het voorzag in een ‘specifieke oplossing’.⁷² De uitspraak van het Franse Hooggerechtshof in deze zaak haalde vervolgens een streep door deze lezing van het originaliteitscriterium voor software. Volgens het Hooggerechtshof kon het Hof van Beroep niet concluderen dat een computerprogramma origineel is zonder aan te geven waarom bepaalde keuzes voortkomen uit de specifieke creatieve inspanning die de persoonlijkheid van de auteur reflecteert, of die blijk geven van een eigen intellectuele bijdrage of het stempel van de auteur. Dit zouden de enige criteria zijn die bepalen of een computerprogramma een origineel werk is dat als zodanig wordt beschermd door het auteursrecht.⁷³ Deze uitspraak bevestigt aldus dat bruikbaarheid van een computerprogramma (voorzien in een ‘specifieke oplossing’) niet gebruikt kan worden als criterium voor originaliteit. Daarmee voldoet het Franse Hooggerechtshof aan de Europese regel uit Artikel 1(3) Software Richtlijn met betrekking tot originaliteit, zoals hierboven aangehaald.⁷⁴

Auteursrechtelijke bescherming van software betekent bovendien dat een aloude auteursrechtelijke kernwaarde geldt, namelijk: onderliggende ideeën en principes worden niet beschermd.⁷⁵ Bescherming geldt alleen voor de expressie van dergelijke ideeën of principes.⁷⁶ In de uitspraak in *SAS Institute Inc. t. World Programming Ltd* bevestigt het HvJ-EU dit principe. Het Hof stelt bijvoorbeeld dat alleen de uitdrukkingwijzen van computerprogramma’s door het auteursrecht worden beschermd, en dat “de ideeën en beginselen waaruit de logica, de algoritmen en de programmeertalen zijn opgebouwd, niet uit hoofde van deze richtlijn worden beschermd.”⁷⁷ Bovendien, benadrukt het Hof, zou bescherming van de functionaliteit van een computerprogramma in essentie betekenen dat ideeën gemonopoliseerd kunnen worden, ten nadele van technische vooruitgang en industriële ontwikkeling.⁷⁸ Het Hof verwijst naar punt 3.7 van de motivering van het voorstel voor de Software Richtlijn bij het stellen dat:

“[H]et belangrijkste voordeel van de auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma’s is dat de bescherming alleen de specifieke uitdrukkingwijze van het werk betreft en aldus andere auteurs in voldoende mate vrijlaat om soortgelijke of zelfs identieke programma’s tot stand te brengen, mits zij zich van plagiaat onthouden.”⁷⁹

⁷² Zie Spitz 2013 voor een korte samenvatting van deze zaak (Cour de Cassation 17 oktober 2012, *Codix*, 11-21641, betwiste uitspraak: Cour d’appel d’Aix-en-Provence 11 mei 2011).

⁷³ Spitz 2013. Zie Cour de Cassation 2012: “(...)sans préciser en quoi les choix opérés par son auteur résulteraient d’un effort créatif portant l’empreinte de sa personnalité ou porteraient la marque d’un apport intellectuel propre et d’un effort personnel de son auteur, la Cour d’appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.”

⁷⁴ Spitz 2013.

⁷⁵ Blocher & Walter 2010, p. 91, Artikel 9(2) TRIPS.

⁷⁶ Zie ook Artikel 1(2) Software Richtlijn en par. 11 van de considerans.

⁷⁷ SAS 2012, par. 32, 32, verwijzend naar par. 14 en 15 van de considerans van de Software Richtlijn 91/250, Artikel 2 WIPO Auteursrechtverdrag en Artikel 9(2) TRIPS.

⁷⁸ SAS 2012, par. 40.

⁷⁹ SAS 2012, par. 41.

Ook de Nederlandse Hoge Raad heeft deze principes begin 2018 herhaald in een arrest over de bescherming van voorbereidend materiaal⁸⁰ in de zin van de Softwarerichtlijn.⁸¹ Volgens de Hoge Raad heeft het Hof juist geoordeeld dat er geen sprake is van beschermd voorbereidend materiaal indien er nog “een programmeerslag met creatieve stappen nodig is om van het materiaal een computerprogramma te maken”.⁸²

Dit is verwant aan de discussie over bescherming tegen *non-literal* (niet-letterlijk) of *non-textual* inbreuk en kopieën vis-à-vis *non-literal* programma abstracties die geen beschermingswaardige uitdrukkingsvormen.⁸³ Als voor een literair werk wordt aangenomen dat auteursrechtbescherming zich niet slechts uitstrekt tot de letterlijke tekst, maar ook tot de niet-letterlijke structuren van literaire werken,⁸⁴ dan geldt dat ook voor computerprogramma's. Zij worden immers beschermd als ware zij literaire werken. Dat zou impliceren dat de niet-letterlijke structuren van computerprogramma's beschermd zijn.⁸⁵ Hiervoor moet dan nog wel onderscheid gemaakt worden tussen beschermde *non-literal* structuren op een abstracter niveau en onbeschermde ideeën die geen uitdrukkingsvormen met een abstractie test, bijvoorbeeld door het toepassen van zogenoemde ‘filter tests’.⁸⁶ De ‘merger-like’ doctrine is een dergelijke test, die oorspronkelijk uit de Verenigde Staten stamt, maar nu ook – zij het niet met zoveel woorden – is toegepast door de Europese rechter. In *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* stelt het HvJ-EU bijvoorbeeld dat:

“[A]n het oorspronkelijkheidscriterium [is] immers niet voldaan wanneer de uitdrukking van deze onderdelen door hun technische functie wordt bepaald, aangezien de verschillende manieren om een idee uit te voeren dan zodanig beperkt zijn dat het idee samenvalt met de uitdrukking ervan.”⁸⁷

80 Volgens de Hoge Raad: “In zijn arresten van 22 december 2010, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, NJ 2011/289 (Softwarová) en 2 mei 2012, C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259, NJ 2013/270 (SAS/WPL), heeft het HvJEU art. 1 van de Softwarerichtlijn aldus uitgelegd, dat deze richtlijn de uitdrukkingswijzen beschermt van een computerprogramma en het voorbereidend ontwerpmateriaal, die later respectievelijk tot reproductie van het computerprogramma of tot het computerprogramma zelf kunnen leiden (punt 37 van beide arresten).” HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:56 (*Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service B.V. t. Forax BV*), par. 3.3.3. Ofwel: niet “alle in het ontwikkelingsproces van het computerprogramma vervaardigde producten behoren tot het voorbereidend materiaal in de zin van de Softwarerichtlijn (cursief toegevoegd)”, maar slechts de uitdrukkingswijzen waarbij geen “programmeerslag met creatieve stappen” meer vereist is om van het materiaal een computerprogramma te maken, par. 3.3.4.

81 HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:56 (*Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service B.V. t. Forax BV*), par. 3.3.3.

82 HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:56 (*Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service B.V. t. Forax BV*), par. 3.3.4.

83 Moon 2015, p. 923-926.

84 Moon 2015, p. 923, de Amerikaanse rechter in *Nichols v Universal Pictures* (45 F 2d 119, 121) citerend: “else a plagiarist would escape by immaterial variations.”

85 Moon 2015, p. 923.

86 Moon 2015, p. 925.

87 *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* 2010, par. 49.

Echter, in de wetenschappelijk literatuur wordt hierbij wel de kanttekening geplaatst dat literaire werken en computerprogramma's in de basis significant verschillen: Bij software is, zo wordt in elk geval beargumenteerd, geen sprake van abstracte elementen die mogelijk beschermd zijn, zoals een plot of centraal thema.⁸⁸ Daarom zou non-literal inbreuk op computerprogramma-auteursrecht feitelijk niet van toepassing zijn.⁸⁹

Voor de bescherming van grafische gebruikersinterfaces van computerprogramma's is de uitspraak van het HvJ-EU in de zaak *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* richtinggevend. De vraag is of de interface een uitdrukkingwijze van een computerprogramma vormt in de zin van Artikel 1(2) van de Softwarerichtlijn, en als zodanig auteursrechtelijke bescherming geniet zoals vervat in de Richtlijn.⁹⁰ Het HvJ-EU heeft bepaald dat bescherming van software zich uitstrekt tot "de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma, voor zover deze de mogelijkheid biedt om het computerprogramma te reproduceren in verschillende computertalen, zoals de bron- en de doelcode".⁹¹ Dit geldt ook voor het voorbereidend materiaal,⁹² mits het later tot zulk een programma kan leiden.⁹³ De interface, dan, valt niet onder enige van deze onderwerpen van bescherming, omdat het geen reproductie van het computerprogramma zelf met zich mee kan brengen: Een computerprogramma kan niet worden gereproduceerd op basis van de grafische gebruikersinterface. Het is slechts een element van het programma dat interactie en communicatie tussen het computerprogramma en gebruiker faciliteert, zodat zij het programma optimaal kunnen gebruiken.⁹⁴

88 Moon 2015, p. 926, 930.

89 Moon 2015, p. 930. Zie de redenering op p. 929: "(...) (3) works of instruction have no plots or characterization and copyright protection is substantially limited to copying of text; (4) a computer program is a literary work under statute; (5) a computer program is a new species of literary work and is most analogous to a work of instruction because it is both solely functional and is a set of instructions; therefore (6) copyright in a program is limited to literal copying or adaptations of the code. That being so, there cannot be infringement of program copyright by 'non-literal' copying." En op p. 930: "Because software does not have a plot, or even a theme, the analogy that has been drawn between software and novels should be rejected. The literary works most closely analogous to the set of instructions comprising computer programs are instruction manuals. These works, like software, are fact-based and pseudo-functional, if not completely functional like software. They do not have a plot of characters and are only infringed by taking a substantial part of the text and not by taking non-literal elements at a higher level of abstraction. The analogy between novels and computer programs is a misleading one and the concept of non-literal infringement as applied to works of fiction has no application to software. It remains an 'irrelevant and exotic test' outside the USA and should be rejected by other courts."

90 *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* 2010, par. 28.

91 *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* 2010, par. 35.

92 Zie ook Artikel 1(1) Softwarerichtlijn.

93 *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* 2010, par. 36 en par. 11 van de considerans van de Softwarerichtlijn.

94 *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* 2010, par. 40, 41.

Ook al is de gebruikersinterface geen uitdrukkingwijze die auteursrechtbescherming kan genieten onder de Softwarerichtlijn,⁹⁵ dan betekent dit niet dat er helemaal geen auteursrechtelijke bescherming mogelijk is. Hiervoor verwijst het HvJ-EU naar de Infosoc Richtlijn (Richtlijn 2001/29).⁹⁶ Wederom geldt hiervoor het oorspronkelijkheids- of originaliteitscriterium, ofwel: bescherming gaat op voor werken die “een eigen intellectuele schepping van de auteur ervan” zijn.⁹⁷ De nationale rechter dient dit te beoordelen, waarbij deze volgens het HvJ-EU met name rekening moet houden met de “schikking en de specifieke configuratie van alle onderdelen van de grafische gebruikersinterface”. Wanneer onderdelen slechts worden gekarakteriseerd door hun technische functie wordt niet aan het originaliteitscriterium voldaan.⁹⁸

Voor de bescherming van games kunnen we naar het Nintendo t. PC Box arrest kijken van het HvJ-EU. In deze zaak heeft het Hof uitgelegd dat videogames, zoals centraal in de onderhavige zaak, ‘complex materiaal’ vormen. Dat wil zeggen dat het niet alleen een computerprogramma behelst “maar ook grafische en geluidselementen die, hoewel zij in computertaal zijn gecodeerd, een eigen scheppende waarde hebben die niet tot deze codering kan worden beperkt”.⁹⁹ Als de delen van een videogame, zoals dus grafische en geluidselementen, voldoen aan het oorspronkelijkheidscriterium, zoals onder andere vastgesteld in Infopaq, zijn zij auteursrechtelijk beschermde werken.¹⁰⁰ Bovendien, stelt het Hof, “[v]oor zover de delen van een videogame, in casu de grafische en geluidselementen, bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het werk, worden zij samen met het volledige werk auteursrechtelijk beschermd op grond van de bij richtlijn 2001/29 ingestelde regeling”.¹⁰¹ Dit *impliceert* dat videogames zowel bestaan uit verschillende type werken als een soort bescherming als geheel genieten (“samen met het volledige werk”),¹⁰² maar dit wordt verder niet duidelijk toegelicht. In ieder geval lijkt de *Nintendo* uitspraak een vereiste van “unitary legal treatment” van videogame-bescherming in te houden, namelijk onder de Infosoc Richtlijn.¹⁰³ Echter, in de *Bezpenostní softwarová asociace* zaak, die hierboven is besproken in het kader van bescherming van de gebruikersinterface van software, lijkt het HvJ-EU eerder ook een “*distributive approach*” te erkennen, namelijk: Delen van het computerprogramma zijn beschermd onder de Softwarerichtlijn, namelijk de *source code* en de *object code*, terwijl de interface beschermd kan zijn onder de Infosoc Richtlijn.¹⁰⁴

Echter, in een opmerkelijke zet verklaart het HvJ-EU de Softwarerichtlijn niet van toepassing op videogames, ook al bestaan deze voor een groot deel uit bron- en doelcode code.¹⁰⁵ Dit is bovendien verder weinig gemotiveerd, behalve op een impliciete manier wanneer het Hof stelt dat het ‘reguliere’ auteursrecht van Richtlijn 2001/29 van toepassing is omdat de Softwarerichtlijn *beperkt* is tot computerprogramma’s,¹⁰⁶ terwijl videogames ‘complex materiaal’ vormen.¹⁰⁷ Commentatoren hebben hier wel kritiek op geuit, omdat de Softwarerichtlijn interoperabiliteit van software vereist, terwijl dit bij de Infosoc Richtlijn niet het geval is.¹⁰⁸ Bovendien zijn rechtszaken

95 *Bezpenostní softwarová asociace* - *Svaz softwarové ochrany* t. *Ministerstvo kultury* 2010, par. 42.

96 *Bezpenostní softwarová asociace* - *Svaz softwarové ochrany* t. *Ministerstvo kultury* 2010, par. 44 e.v.

97 *Bezpenostní softwarová asociace* - *Svaz softwarové ochrany* t. *Ministerstvo kultury* 2010, par. 45, 46.

98 *Bezpenostní softwarová asociace* - *Svaz softwarové ochrany* t. *Ministerstvo kultury* 2010, par. 48.

99 *Nintendo* t. *PC Box* 2014, par. 23.

100 *Nintendo* t. *PC Box* 2014, par. 22.

101 *Nintendo* t. *PC Box* 2014, par. 23.

102 Maier 2015, p. 123, *Nintendo* t. *PC Box* 2014, par. 23.

103 Maier 2015, p. 123.

104 Maier 2015, p. 123.

tussen Nintendo en concurrentie in andere jurisdicties, zoals de VS, geheel op basis van softwareregelgeving beargumenteerd.¹⁰⁹ Er zou alsnog gesteld kunnen worden dat er *zowel* meerdere richtlijnen van toepassing kunnen zijn op verschillende delen van een videogame *als* bescherming van het *geheel* onder de Infosoc Richtlijn. In dit opzicht kan de vergelijking worden gemaakt met andere complexe werken, zoals audiovisuele of cinematografische werken, die gekarakteriseerd worden door complexiteit en het bundelen van verschillende typen werken.¹¹⁰ De tweeledigheid van games onder het auteursrecht wordt ook geïdentificeerd door Mac Síthigh, onder verwijzing naar een rapport uit 2013 van de *World Intellectual Property Organization* (WIPO), waarin twee dominante benaderingen van de auteursrechtelijke status van games werden gevonden: Bescherming als computerprogramma's en bescherming als '*mixed works*', bijvoorbeeld als een type film.¹¹¹

Voor online games heeft het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) ook erkend dat deze bestaan uit software die zowel een computerprogramma als 'audiovisuele speldata' ("*Grafiken, Musik, Filmsequenzen, Texte und Modelle*") behelst, in ieder geval wat de online game uit de onderhavige zaak betreft: *World of Warcraft*.¹¹² Het BGH stelt dat niet alleen het computerprogramma voor bescherming in aanmerking komt,¹¹³ maar dat ook de audiovisuele bestandsdelen auteursrechtelijke bescherming toekomt, voor zover ze creatieve waarde hebben, wat niet tot de codering in een computertaal beperkt is.¹¹⁴ Deze bestandsdelen kunnen afzonderlijk als diverse typen werken auteursrechtelijk beschermd worden of aan de originaliteit van het gehele werk bijdragen en samen daarmee auteursrechtelijke bescherming genieten.¹¹⁵ Voor het laatste deel van deze bevinding verwijst het BGH naar de *Nintendo* uitspraak van de HvJ-EU. Commentatoren stellen wel dat hieruit, net als in de hierboven besproken *Nintendo* uitspraak, niet geheel duidelijk wordt of er ook sprake is van bescherming voor het *geheel*.¹¹⁶ Het lijkt erop of er een onderscheid wordt gemaakt tussen software-auteursrecht en 'algemeen' auteursrecht voor de verschillende componenten, net als bij de gebruikersinterface van computerprogramma's. Of een videogame als zodanig in het geheel als complex werk bescherming geniet, blijft enigszins in het midden. In die zin zou, zoals eerdergenoemd, de bescherming van de verschillende onderdelen van een filmwerk vergelijkbaar zijn.

105 Maier 2015, p. 123, Favale 2015, p. 105.

106 Het Hof verwijst hierbij naar Artikel 1(1) Softwarerichtlijn.

107 *Nintendo t. PC Box* 2014, par. 23.108 Moon 2015, p. 926, 930.

108 Favale 2015, p. 105, verwijzend naar Artikel 6(1) Softwarerichtlijn.

109 Favale 2015, p. 105, verwijzend naar *Atari Games v. Nintendo of America* 975 F. 2d 832, 24 U.S.P.Q. 2d 1015 (1992).

110 Maier 2015, p. 123.

111 Mac Síthigh 2017, p. 346-347.

112 Bundesgerichtshof 6 oktober 2016, *World of Warcraft I*, BGH, 06.10.2016, I ZR 25/15, par. 2.

113 Artikel 69a(1) van de Duitse Auteurswet (UrhG).

114 Bundesgerichtshof 6 oktober 2016, *World of Warcraft I*, BGH, 06.10.2016, I ZR 25/15, par. 34.

115 Bundesgerichtshof 6 oktober 2016, *World of Warcraft I*, BGH, 06.10.2016, I ZR 25/15, par. 34: "*Diese Bestandteile können für sich genommen als Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG), Musikwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG), Werke der bildenden Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG), Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG), Filmwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG), Lichtbilder (§ 72 UrhG) oder Laufbilder (§ 95 UrhG) urheberrechtlich geschützt sein (...).*"

116 Czychowski 2017.

4.3.2 Digital Design

Deze paragraaf bespreekt twee auteursrechtelijke vragen die relevant zijn voor digital design:

1. *Hoe zit het met bescherming van ontwerpen in het digitale domein, i.e. digital design, die tussen software en creatieve content in zitten?*
2. *Wie heeft de rechten waarop bij ontwerpen in opdracht?*

Zoals we in de vorige paragraaf zagen kan software, mits het voldoet aan de voorwaarden, auteursrechtelijk beschermd zijn onder de *lex specialis* van de Softwarerichtlijn. Interface en 'audiovisuele elementen' zijn niet beschermd onder de softwareregelgeving, maar wellicht wel onder het 'gewone' auteursrecht. Creatieve content is beschermd voor zover het voldoet aan auteursrechtvereisten, zoals originaliteit in de zin van een eigen intellectuele schepping van de auteur en een eigen persoonlijk 'stempel' van de maker door het maken van bepaalde keuzes.¹¹⁷

Voor digital design betekent dit dat er, net als bij bijvoorbeeld software, een tweeledig beschermingsregime van toepassing kan zijn. Enerzijds kan voor bescherming van originele software, die niet slechts ideeën of principes betreft, de regelgeving omtrent softwarebescherming gelden. In dit geval kunnen computerprogramma's, in bron- en doelcode, bescherming genieten als letterkundige werken.¹¹⁸ Bron- en doelcode gelden aldus als uitdrukkingen van computerprogramma's.¹¹⁹ De bescherming geldt voor *uitdrukkingen*, in welke vorm dan ook, in het geval deze de mogelijkheid bieden tot reproductie van de computerprogramma's in verschillende computertalen, zoals de bron- en doelcode.¹²⁰ Anderzijds geldt dat andere creatieve elementen en interface mogelijk bescherming kunnen krijgen onder het 'reguliere' auteursrecht. Computerprogramma's kunnen niet worden gereproduceerd op basis van deze elementen, waardoor het geen *uitdrukkingen* van een computerprogramma vormen en bescherming onder de bijzondere auteursrechtelijke regels voor software als zodanig niet mogelijk is.¹²¹ Een centraal vereiste voor bescherming onder het 'reguliere' auteursrecht is zoals gezegd oorspronkelijkheid, waaraan onderdelen van grafische gebruikersinterfaces die alleen bepaald worden door hun technische functie bijvoorbeeld niet voldoen.¹²²

Overigens heeft het HvJ-EU, zoals hierboven gezien, in *Nintendo* geïmpliceerd dat videogames – gekenmerkt door het complexe materiaal dat ze vormen, i.e. niet alleen computerprogramma's bevattend, maar ook grafische en geluidselementen, of zoals de Duitse rechter stelde "*audiovisuelle Spieldaten*"¹²³ – als geheel beschermd worden als auteursrechtelijke werken onder

¹¹⁷ Zie HvJ-EU Infopaq 2009 en Painer 2011, zoals besproken in de vorige sectie.

¹¹⁸ *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury 2010*, par. 32, 33.

¹¹⁹ *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury 2010*, par. 3.

¹²⁰ *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury 2010*, par. 35.

¹²¹ *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury 2010*, par. 41, 42.

¹²² *Bezpenostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury 2010*, par. 45-50.

¹²³ Bundesgerichtshof 6 oktober 2016, *World of Warcraft I*, BGH, 06.10.2016, I ZR 25/15, par. 34.

het 'reguliere' auteursrecht van de Infosoc Richtlijn.¹²⁴ De Softwarerichtlijn is hierbij expliciet buiten beschouwing gelaten door het HvJ-EU.¹²⁵ Dit in tegenstelling tot lijnen van rechtspraak in de VS met betrekking tot videogames die geheel op basis van software regelgeving zijn beargumenteerd.¹²⁶ Onder deze opvatting zou – in geval digital design ook zou worden gezien als complex materiaal gekarakteriseerd door haar audiovisuele elementen – op Europees niveau de software regelgeving buiten beschouwing blijven en het 'reguliere' auteursrecht gelden. Echter, de vergelijking van videogames met andere complexe werken, zoals audiovisuele of cinematografische werken, die gekarakteriseerd worden door complexiteit en het bundelen van verschillende types werken,¹²⁷ zou ook voor digital design kunnen worden gemaakt. In dit opzicht kan dus meerdere kanten op worden gekeken wat de bescherming van digital design betreft:

- Enerzijds (a) bescherming van bron- en doelcode als computerprogramma's en van de overige creatieve elementen als 'reguliere' auteursrechtelijke werken, vergelijkbaar met de HvJ-EU - *Bezpečností softwarové asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* uitspraak uit 2010, waarin het Hof onderscheid maakt tussen softwarebescherming en bescherming van interface;
- Of, (b) ervan uitgaande dat digital design complex materiaal vormt "dat niet alleen een computerprogramma bevat, maar ook grafische en geluidselementen die, hoewel zij in computertaal zijn gecodeerd, een eigen scheppende waarde hebben die niet tot deze codering kan worden beperkt",¹²⁸ bescherming als 'regulier' auteursrechtelijk beschermd werk op grond van de bescherming als geregeld in de Infosoc Richtlijn, vergelijkbaar met videogames onder de (impliciete) *Nintendo* uitspraak uit 2014;
- Of (c) bescherming als een subtype van 'gemixte' werken zoals filmwerken, zoals aangehaald door Mac Síthigh, onder verwijzing naar een rapport uit 2013 van de *World Intellectual Property Organization (WIPO)*.¹²⁹

Ten aanzien van de vraag wie welke rechten bezit bij ontwerpen in opdracht kan het volgende worden gesteld. Voor de rechtenverdeling en –verlening bij ontwerpen in opdracht geldt dat het de meest gunstige uitgangspositie voor innovatieve bedrijven is, in hun rol als opdrachtnemer, wanneer ze zelf de rechten behouden op de 'achterkant van een dienst'. Dit met het oog op het hergebruik van software, om hierop voort te kunnen bouwen en verder te innoveren.

¹²⁴ *Nintendo t. PC Box* 2014, par. 22, 23.

¹²⁵ *Nintendo t. PC Box* 2014, par. 23.

¹²⁶ Favale 2015, p. 105, verwijzend naar *Atari Games v. Nintendo of America* 975 F. 2d 832, 24 U.S.P.Q. 2d 1015 (1992).

¹²⁷ Maier 2015, p. 123.

¹²⁸ *Nintendo t. PC Box* 2014, par. 23.

¹²⁹ Mac Síthigh 2017, p. 346-347.

In principe bevat de Auteurswet bepalingen omtrent auteursrecht, makerschap en overdracht van rechten in Artikelen 1 en 2 Aw. De bepaling omtrent werkgeversauteursrecht in Artikel 7 Aw is minder relevant, omdat bij werken in opdracht sprake zal zijn van een opdrachtgevers-relatie, en niet van een werkgeversrelatie.¹³⁰ Volgens Artikel 1 Aw komt het auteursrecht toe aan de maker. Gehele of gedeeltelijke overdracht is mogelijk. Artikel 2(2) Aw bepaalt dat dit dient te gebeuren door middel van een akte. Dit betekent dat opdrachtgevers bijvoorbeeld om rechtenoverdracht van hun opdrachtnemers kunnen vragen, waarvoor overdracht van de rechten als zodanig een 'goederenrechtelijke rechtsfiguur' vormt.¹³¹ Een verbintenisrechtelijke manier voor de rechthebbende om auteursrechten te exploiteren is door het verlenen van een licentie voor gebruik. In dat geval worden er verder geen rechten overgedragen. Sinds 1 juli 2015 geldt het aktevereiste ook voor een exclusieve licentie, voor een niet-exclusieve licentie is dit niet het geval.¹³²

Echter, voor exploitatie en het 'plukken van de vruchten' van hun werk zijn auteurs en uitvoerend kunstenaars in veel gevallen *afhankelijk* van partijen die in dergelijke exploitatie gespecialiseerd zijn, zoals uitgevers, filmproducenten, omroeporganisaties en fonogrammenproducenten.¹³⁵ Onder zulke omstandigheden ligt het gevaar van een ongelijke onderhandelingspositie van contractuele partijen op de loer. Dit kan dan leiden tot eenzijdige standaardcontracten voor exploitatie van werken, waarin de belangen van auteurs niet tot nauwelijks aan bod komen en het onderspit delven ten opzichte van de contractspartijen die de '*upper hand*' hebben. Sinds 2015 is met de Wet auteurscontractenrecht¹³⁵ beoogd het 'speelveld' enigszins te effenen.¹³⁶ Deze wet beperkt het overdragen van rechten en versterkt de positie van auteurs enigszins, onder andere door te bepalen dat de maker recht heeft op een in de overeenkomst te bepalen billijke vergoeding,¹³⁷ een aanvullende billijke vergoeding kan vorderen als er ernstige onevenredigheid bestaat ten opzichte van de opbrengst die voortvloeit uit de exploitatie,¹³⁸ en de overeenkomst kan ontbinden in geval van onvoldoende exploitatie.¹³⁹

130 Een van de voorwaarden voor dit artikel om van toepassing te zijn is een vereiste van een dienstverband, en opdrachtnemers vallen hier buiten, aldus Verkade 2017.

131 Verkade 2017.

132 Verkade 2017.

133 Zie Hugenholtz & Guibault 2004, p. 1.

134 Zie ook Hugenholtz & Guibault 2004, p. 1.

135 Hoofdstuk IA Aw. Andere Europese landen die auteurscontractenregels kennen, zijn onder andere Frankrijk, Duitsland en België; zie de rechtsvergelijking in Hugenholtz & Guibault 2004. Zie ook Bently, Kretschmer et al. 2017 voor een vergelijking van de wetgeving van 7 Europese landen met het Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt.

136 Overigens bevat het Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt ook bepalingen omtrent contracten voor auteurs en uitvoerend kunstenaars (Artikelen 14-16 bevatten respectievelijk: een transparantie- of informatieverplichting voor de exploitant om op regelmatige basis tijdige, adequate en voldoende informatie over de exploitatie van werken te verstrekken aan auteurs en uitvoerend kunstenaars; een 'bestseller-clausule', ofwel een recht voor auteurs en uitvoerend kunstenaars om aanvullende billijke vergoedingen te vorderen als de oorspronkelijk afgesproken vergoeding disproportioneel laag is ten opzichte van de opbrengst van exploitatie; en een bepaling die stelt dat geschillen over de voorgaande verplichting en clausule onderwerp moeten kunnen zijn van alternatieve geschillenbeslechtsprocedures). Bently, Kretschmer et al. 2017 (in een studie uitgevoerd voor het Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs op verzoek van het Committee on Legal Affairs van het Europees Parlement) verwelkomen de voorgestelde bepalingen, maar noemen ze wel 'weinig ambitieus', vooral in vergelijking met de wetten die al in lidstaten bestaan. Bently, Kretschmer et al. 2017, p. 83.

137 Artikel 25c Aw.

138 Artikel 25d Aw.

139 Artikel 25e Aw.

Er geldt echter een aantal belangrijke beperkingen op het toepassingsbereik van deze bepalingen, die mogelijk ook voor digital design agencies spelen. Ten eerste gelden de bepalingen niet voor fictieve makers, zoals werkgevers en rechtspersoon-makers. Ervan uitgaande dat digital design agencies de rechthebbenden zijn van werken gemaakt door hun werknemers,¹⁴⁰ geldt het auteurscontractenrecht niet voor de relatie van deze ‘fictieve makers’ met opdrachtgevers.¹⁴¹ In geval individuele digital designers zelf de rechthebbenden zijn, kunnen zij voor exploitatiecontracten wel een beroep doen op het auteurscontractenrecht. Echter, hier komt de tweede mogelijke beperking naar voren, namelijk de vraag of er in geval van contracten tussen digital design agencies en opdrachtgevers sprake is van verlening van *exploitatiebevoegdheid*.¹⁴² Zoals de Memorie van Toelichting stelt:

“Door te spreken van het verlenen van exploitatiebevoegdheden vallen onder de overeenkomsten zowel de overeenkomst van overdracht als de licentieovereenkomst. Het dient te gaan om overeenkomsten waarbij de maker zijn auteursrecht primair ter exploitatie overdraagt of in licentie geeft aan een intermediair (zoals meestal het geval is bij literaire en muzikale werken) of waarbij het gebruik van in opdracht gemaakte werken primair gericht is op exploitatie [...] (zoals bij werken gemaakt door freelancejournalisten).”¹⁴³

“Door te spreken van overeenkomsten met als hoofddoel het verlenen van exploitatiebevoegdheid wordt evenwel duidelijk dat de bepalingen niet van toepassing zijn op licenties met of overdrachten aan eindgebruikers, dat wil zeggen licenties of overdracht die een eindgebruiker, of dit nu een bedrijf of een consument betreft, enkel toestaan het desbetreffende werk te gebruiken. Hierbij kan bij wijze van voorbeeld gedacht worden aan logo’s, huisstijlen, websites of op maat gemaakte software.”¹⁴⁴

En zoals Visser toelicht:

“Blijkens de parlementaire geschiedenis vallen overeenkomsten over het vervaardigen van jingles en tunes, reclamefilms en ander reclamewerk op grond van deze bepaling in de regel niet onder de bepalingen van het hoofdstuk IA Aw.”¹⁴⁵

¹⁴⁰ Zie Artikel 7 Aw.

¹⁴¹ Zie Artikel 25b(3) Aw en Visser 2017.

¹⁴² Artikel 25b(1) Aw.

¹⁴³ MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 11-12, via Visser 2017.

¹⁴⁴ MvT, *Kamerstukken II* 2011/12, 33308, 3, p. 5-6, via Visser 2017.

¹⁴⁵ Visser 2017, verwijzend naar: NV II, *Kamerstukken II* 2012/13, 33308, 6, p. 15.

Als het product van digital design agencies wordt gezien als een 'eindproduct', overgedragen of in licentie gegeven aan 'eindegebruikers', zoals in het geval van huisstijlen, websites of op maat gemaakte software, zal de Wet Auteurscontractenrecht niet van toepassing zijn. Hetzelfde geldt voor overeenkomsten op jingles en reclamefilms, en dergelijke. Echter, aangezien we hierboven hebben gezien dat digital design zich op het snijvlak van software en creatieve content bevindt, en mede in het licht van de schets van de activiteiten van deze bedrijven in het vorige hoofdstuk, zou wel degelijk beargumenteerd kunnen worden dat er sprake is van exploitatie door de opdrachtgever van dergelijke creatieve content, of literaire en muzikale werken, bijvoorbeeld in het geval van filmwerken of videogames. Met andere woorden, dit zal een kwestie van interpretatie en argumentatie zijn. Overigens geldt deze beperking op het toepassingsbereik van Hoofdstuk IA Aw niet wat betreft Artikel 25f omtrent onredelijke bedingen.¹⁴⁶ Desalniettemin is het in alle gevallen verstandig om, los van de vraag of het auteurscontractenrecht van toepassing is, duidelijke afspraken te maken in de licentieovereenkomst met de opdrachtgever om materiaal te kunnen hergebruiken en dergelijke voor verdere innovaties.

4.3.3 Audiovisuele Content: Bescherming van Formats

Deze paragraaf bespreekt de volgende auteursrechtelijke vragen die relevant zijn voor audiovisuele content, in het bijzonder de bescherming van formats:

1. *In hoeverre zijn formats auteursrechtelijk te beschermen?*
2. *Welke moeilijkheden komen hierbij naar voren, gezien het fluïde karakter van de 'content' die formats vormen?*

Het gaat hier om formats van audiovisuele content als een specifiek 'soort' werk dat beschermingsvragen kan oproepen. Hoofdelement bij deze vragen is de kwalificatie als 'auteursrechtelijk beschermd werk', waarbij de ideeën/expressie dichotomie¹⁴⁷ evenals de kwestie omtrent originaliteit wederom een rol spelen. Het HvJ-EU heeft zich (nog) niet uitgesproken over de bescherming van formats, bijvoorbeeld van televisieprogramma's, maar wel over 'werk' en 'originaliteit', zoals we eerder in 4.3.1. zagen. Nationale rechters hebben zich, met wisselende uitkomsten, wel al over de bescherming van formats gebogen. Dit betekent dat, zolang er geen Europese harmonisatie is op basis van Europese regelgeving of door interpretatie van het HvJ-EU, er verschillen in de eengemaakte Europese markt zullen bestaan wat betreft de auteursrechtelijke bescherming van formats. Betrokken partijen zullen dan ook rekening moeten houden met de auteurswetten van de verschillende lidstaten.¹⁴⁸ Zo is in Nederland,¹⁴⁹ Italië¹⁵⁰ en vrij recent Engeland¹⁵¹ de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming van formats erkend, maar in Duitsland bijvoorbeeld niet.¹⁵²

¹⁴⁶ Zie Artikel 25b(2) Aw en Visser 2017.

¹⁴⁷ Ofwel: ideeën als zodanig zijn niet beschermd onder het auteursrecht, maar alleen de concrete uitdrukking of vastlegging ervan.

¹⁴⁸ Von Grafenstein 2014; Rosati 2017(a), p. 969.

¹⁴⁹ Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*).

¹⁵⁰ Rosati 2017(a) en Rosati 2017(b); Corte di Cassazione 27 juli 2017, *RTI Reti Televisive Italiane Spa t. Ruvido Produzioni Srl*, 18633/17.

¹⁵¹ High Court of England and Wales 19 oktober 2017, *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* [2017] EWHC 2600 Ch.

¹⁵² Von Grafenstein 2014, verwijzend naar Bundesgerichtshof 26 juni 2003, *Kinderquatsch mit Michael*, BGH, 26.06.2003, I ZR 176/01.

Nederland is een sterke speler in de ontwikkeling van formats, in het bijzonder als het gaat om televisieprogramma's. Ook al is de mogelijkheid van auteursrechtelijke bescherming erkend in rechtspraak, dit betekent niet dat bescherming – of inbreuk in geval bescherming is aangenomen – per definitie gemakkelijk zal worden vastgesteld, precies vanwege de bovengenoemde mix van factoren. Er gelden vrij specifieke vereisten. Het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 27 juni 2002 in de zaak *Castaway t. Endemol* – waarin Castaway auteursrechtinbreuk op het Survive-format door Endemol's Big Brother-programma claimde – is richtinggevend voor criteria voor bescherming en inbreuk.

Het hof legt een 'format' uit als een "zogenaamde programmaformule of programmavoorstel, op grond waarvan een televisieprogramma kan worden gemaakt". En, zoals al aangegeven, stelt het Hof dat formats *in beginsel* voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking *kunnen* komen indien ze aan twee centrale eisen voldoen die aan een 'werk' worden gesteld: (1) Het werk moet voldoende oorspronkelijk zijn, ofwel het persoonlijk stempel van de maker dragen, en (2) het werk moet voldoende uitgewerkt zijn.¹⁵³ Voor het eerste criterium is vereist dat het totaal van alle elementen van het format – afzonderlijk niet oorspronkelijk genoeg voor auteursrechtelijke bescherming – samen "een zodanige 'eenheid' oplevert dat van een oorspronkelijk werk gesproken kan worden".¹⁵⁴ Waar het dus om gaat, en wat bij het Survive-format volgens het hof het geval is, is een totaal van elementen die een "unieke en specifieke combinatie vormen" en in die zin een oorspronkelijk karakter aan het format geven. Op die manier kan het format dienen als basis voor het creëren van "een karakteristiek en herkenbaar programma". Het hof neemt expliciet het grote aantal elementen – ten minste twaalf – mee in dit oordeel, aangezien daarmee gesproken kan worden van "een tamelijk complexe programmaformule".¹⁵⁵ Voor 'voldoende uitwerking' is vereist dat een format "voldoende geconcretiseerd is ofwel voldoende vormbepalende elementen bevat". Voor het Survive-format is hieraan voldaan, aangezien het in het bij de rechtbank aangeleverde op schrift uitgewerkte programmavoorstel erg gedetailleerd is beschreven: "In het document is duidelijk gemaakt hoe een concrete aflevering van het programma eruit zou kunnen zien [cursief toegevoegd]".¹⁵⁶ Concluderend: het Survive-format geldt als een werk in de zin van Artikel 1 Aw.

Om inbreuk te bepalen, gaat het hof uit van de *totaalindrukken* van format en betwist programma. Het betreft met name de *overeenkomsten* in de inbreuksvraag, waarbij de verschillende elementen van het format een rol spelen.¹⁵⁷ Zoals het hof stelt: "Juist indien een format bestaat uit een combinatie van onbeschermd elementen (zoals in casu) kan van inbreuk slechts sprake zijn indien *meerdere van die elementen herkenbaar en in een vergelijkbare keuze zijn overgenomen* [cursief toegevoegd]." De precieze hoeveelheid overgenomen elementen voor inbreuk laat het hof in het midden – dat zal van de omstandigheden van het geval afhangen.¹⁵⁸ In de onderhavige zaak stelt het hof dat, de verschillen bij elkaar optellend, de totaalindruk van het format zodanig afwijkt van het betwiste programma dat er geen sprake is van een bewerking en inbreuk. En in zoverre er overeenkomsten bestaan tussen elementen is de optelsom van die elementen niet voldoende oorspronkelijk.¹⁵⁹

153 Zie voor de voorgaande uitleg: Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.7.

154 Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.8.

155 Zie voor deze overwegingen: Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.9.

156 Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.12.

157 Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.19.

158 Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.19.

159 Hof Amsterdam 27 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*), par. 4.32.s

In het Verenigd Koninkrijk gold lange tijd de opvatting dat televisieformats niet beschermd konden worden onder het auteursrecht. De zaak *Green t. Broadcasting Corporation of New Zealand (Opportunity Knocks)* uit 1989¹⁶⁰ was hiervoor de aanleiding. In deze zaak oordeelde de Privy Council dat er geen sprake was van een literary work of dramatic work. De (overigens als bewijs ontbrekende) scripts zouden niet meer dan een algemeen idee of concept van een talentenjacht uitdrukken¹⁶¹ en het 'format' zou niet van genoeg eenheid getuigen om geschikt te zijn voor uitvoering, aangezien de elementen die aangevoerd waren als zijnde het 'format' grotendeels ongerelateerd zouden zijn, respectievelijk dat essentiële kenmerk missen.¹⁶² Echter, in de zaak *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* uit 2017 stelt het High Court nu dat:

“(...) it is at least arguable, as a matter of concept, that the format of a television game show or quiz show can be the subject of copyright protection as a dramatic work.”¹⁶³

Hiervoor is vereist, als een minimum, dat:

“(i) there are a number of clearly identified features which, taken together, distinguish the show in question from others of a similar type; and (ii) that those distinguishing features are connected with each other in a coherent framework which can be repeatedly applied so as to enable the show to be reproduced in recognisable form.”¹⁶⁴

Commentatoren hebben wel aangegeven dat de praktische les die uit deze uitspraak getrokken kan worden, is dat het van groot belang is voor ontwikkelaars van televisieformats die bescherming onder het auteursrecht willen aanvoeren om hun ideeën zorgvuldig op papier te zetten en zoveel mogelijk uitleg, informatie en detail uit te werken.¹⁶⁵

Hetzelfde geldt voor geheimhoudingsovereenkomsten, waarbij het van belang is om de 'grenzen van vertrouwelijkheid' aan te geven in bijeenkomsten waar nieuwe producten of ideeën gedeeld worden, bijvoorbeeld door overeenkomsten die duidelijk maken wat er wederzijds met de gepresenteerde informatie kan worden gedaan.¹⁶⁶

160 Privy Council 18 juli 1989, *Green t. Broadcasting Corporation of New Zealand* [1989] RPC 700.1

161 High Court of England and Wales 19 oktober 2017 (Verenigd Koninkrijk), *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* [2017] EWHC 2600 Ch, par. 30.

162 High Court of England and Wales 19 oktober 2017 (Verenigd Koninkrijk), *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* [2017] EWHC 2600 Ch, par. 35.

163 High Court of England and Wales 19 oktober 2017 (Verenigd Koninkrijk), *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* [2017] EWHC 2600 Ch, par. 43.

164 High Court of England and Wales 19 oktober 2017 (Verenigd Koninkrijk), *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* [2017] EWHC 2600 Ch, par. 44.

165 Dennis & Rohsler 2017.

166 Dennis & Rohsler 2017.

Bovendien kan hier worden gewezen op de verdere reikwijdte van dergelijke auteursrechtelijke vragen in format-gestuurde markten en businessmodellen, naast de televisie-industrie. "Format style claims" kunnen zich immers ook voordoen in andere gevallen dan televisieprogramma's, namelijk voor vormen die berusten op "catchy experiences", zoals websites, computergames en apps.¹⁶⁷ Andere 'format markten' beslaan bijvoorbeeld 'werken' zoals advertising concepts,¹⁶⁸ online platforms en cross en transmedia producten.¹⁶⁹

Los van de vraag óf formats auteursrechtelijk beschermd zijn, is de vraag of dat wenselijk of noodzakelijk is ook een interessante. Gebaseerd op een survey onder deelnemers in formatmarkten concludeert Von Grafenstein dat auteursrechtelijke bescherming minder of even belangrijk wordt gevonden voor het verstrekken van licenties voor gebruik van intellectuele creaties dan of als bijvoorbeeld 'informele normen' in de sector zelf. Bovendien zijn formatontwikkelaars zich ervan bewust dat auteursrecht niet alleen bescherming voor henzelf met zich meebrengt maar ook voor anderen, wat kan leiden tot mogelijke obstakels voor het creëren van formats waar vraag naar is en volgens bepaalde populaire trends.¹⁷⁰

4.4 CONCLUSIES

De grondslag voor het auteursrecht in Europa ligt in het natuurrecht. De auteur staat centraal. Echter, wanneer nader beschouwd, is de uitwerking van de Europese regelgeving niet uitsluitend op dit principe gebaseerd. Het kent ook utilitaire trekken, waarbij een meer maatschappelijk perspectief wordt gekozen. De Europese Infosoc Richtlijn¹⁷¹ heeft bijvoorbeeld ook dergelijke utilitaire kenmerken, in het bijzonder als het gaat om bescherming en beloning in verband met het garanderen van ontwikkeling en creativiteit, verspreiding van cultuur in het publieke belang en het bevorderen van investeringen in creativiteit en innovatie.¹⁷²

Voor makers zijn over het algemeen allebei de dimensies van het auteursrecht van belang, zowel bescherming als mogelijkheden voor gebruik van content van derden. Wat het laatste betreft, wordt een aantal beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht onderscheiden. Hiervoor bevat de Europese Infosoc Richtlijn een 'catalogus' of gesloten lijst van uitzonderingen in Artikel 5. Innovatieve mediabedrijven kunnen zich beroepen op 'algemene' beperkingen en uitzonderingen, zolang aan de voorwaarden is voldaan, zoals bijvoorbeeld bij het citaatrecht en de parodie. Echter, vanwege het innovatieve karakter van de bedrijven en diensten zal er snel sprake zijn van gebruik waarvan het niet geheel duidelijk is of het valt onder de reikwijdte van deze 'algemene' beperkingen en uitzonderingen, of dat het gebruik deze te buiten gaat. Anders dan in het Amerikaanse systeem¹⁷³ is gebruik van content van derden onder de Europese regels afhankelijk van de 'gesloten catalogus'. Ruimte kan slechts beperkt gevonden worden door middel van interpretatie en uitleg van deze limitatieve lijst van uitzonderingen. Er wordt op Europees niveau op dit moment gewerkt aan een nieuwe Richtlijn. Het gaat daarbij om de Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt.¹⁷⁴ In eerste voorstellen daarvoor zijn (beperkte)

¹⁶⁷ Dennis & Rohsler 2017.

¹⁶⁸ Von Grafenstein 2013 en 2014.

¹⁶⁹ Von Grafenstein 2013.

¹⁷⁰ Zie voor het voorgaande de blogpost van Von Grafenstein uit 2014, waarin hij verwijst naar een groter onderzoeksproject van het Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, 'Circulation of cultural goods'.

¹⁷¹ Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij

¹⁷² Zie overwegingen 4, 9, 10 en 22 van de preambule van Richtlijn 2001/29/EG.

¹⁷³ Zie paragraaf 3.2 en het volgende hoofdstuk.

¹⁷⁴ Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (dd. 14 september 2016).

bepalingen opgenomen ten behoeve van tekst- en datamining en digitalisering. Voor innovatieve mediabedrijven zijn deze minder relevant, aangezien hun activiteiten niet vallen onder vereisten en toepassingsbereik, zoals 'onderwijs, onderzoek, preservering en erfgoedinstellingen'. Bovendien is het voorstel, zoals aangegeven, terugverwezen naar de tekentafel. Op 12 september 2018 volgt in het Europese Parlement een stemming over de aanpassingen.

Auteursrechtbescherming wordt toegekend aan een *origineel werk* van letterkunde, wetenschap of kunst. Originaliteit is uitgelegd door de Europese rechter als geldend voor eigen, intellectuele scheppingen, waarvan sprake is op het moment dat deze de persoonlijkheid van de auteur reflecteren. Deze kwalificatie gaat op als er vrije en creatieve keuzes zijn gemaakt. Een algemeen kernprincipe is verder dat onderliggende ideeën en principes niet worden beschermd, maar alleen de *expressie* daarvan.

Voor de bescherming van software geldt dan ook als uitgangspunt dat de onderliggende ideeën en beginselen die de basis vormen voor de logica, algoritmes en programmeertalen niet beschermd zijn. Functionaliteit is niet beschermd, maar alleen specifieke uitdrukkingswijzen, ofwel: Bescherming hangt af van, en geldt voor, de (creatieve) stappen die genomen zijn om tot die bepaalde expressie te komen. Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat andere auteurs op die manier de vrijheid hebben om soortgelijke programma's te maken, zolang er maar geen sprake is van plagiaat. Grafische gebruikersinterfaces vallen niet onder het software-auteursrecht, omdat die niet tot reproductie van het computerprogramma zelf kunnen leiden. 'Regulier' auteursrecht is hier mogelijk wel op van toepassing, mits aan het originaliteitscriterium is voldaan en de interface niet slechts door technische functionaliteit wordt bepaald. Voor videogames heeft het HvJ-EU – in wat wel als een opmerkelijke zet wordt omschreven – bepaald dat de Softwarerichtlijn niet geldt, omdat de reikwijdte van deze richtlijn *beperkt* is tot computerprogramma's, terwijl videogames volgens het Hof 'complex' materiaal vormen. Grafische en geluidselementen zouden, ook al zijn ze in computertaal gecodeerd, gelden als auteursrechtelijk beschermde werken en bovendien, wanneer ze bijdragen aan de oorspronkelijkheid van het werk, samen met het 'volledige werk' bescherming genieten onder de Infosoc Richtlijn, ofwel: het 'reguliere' auteursrecht.

Voor digital design – producten en diensten die zowel software als creatieve content bevatten – zijn meerdere scenario's denkbaar voor bescherming, afhankelijk van de kenmerken van de specifieke diensten of producten. Software, mits voldaan is aan de beschermingsvoorwaarden, valt onder de auteursrechtelijke *lex specialis* van de Softwarerichtlijn, met uitzondering van functioneel bepaalde aspecten. Interface en 'audiovisuele elementen' vallen niet onder software regelgeving, maar kunnen – wederom mits voldaan aan beschermingsvoorwaarden zoals originaliteit en er sprake is van expressies, en niet slechts ideeën – beschermd worden onder het 'reguliere auteursrecht'. Hetzelfde geldt voor creatieve content in het algemeen. Echter, de Europese rechter heeft voor games als 'complex materiaal' - i.e. bestaande uit computerprogramma's én grafische en geluidselementen - de Softwarerichtlijn expliciet buiten beschouwing gelaten en geoordeeld dat deze als geheel auteursrechtelijk beschermde werken onder de regeling van de Infosoc Richtlijn vallen. Volgens deze opvatting zou digital design, als 'complex materiaal', dus eveneens buiten de Softwarerichtlijn kunnen vallen. In conclusie zijn dus meerdere scenario's denkbaar: Bron- en doelcode kunnen beschermd zijn als computerprogramma's, terwijl originele interface onder het 'reguliere' auteursrecht kan vallen;¹⁷⁵ het 'complexe materiaal' van digital design kan samen met het volledige werk 'gewoon'

175 Cf. *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury* 2010.

auteursrechtelijk beschermd zijn, vergelijkbaar met videogames;¹⁷⁶ en, enigszins samenhangend met de vorige optie, digital design zou als een subtype van een 'gemixte' werken zoals filmwerken beschermd kunnen worden.¹⁷⁷

Qua rechtenverdeling geldt in het algemeen het uitgangspunt dat het de meest gunstige uitgangspositie voor innovatieve mediabedrijven is wanneer ze zelf de rechten behouden op wat wel met de 'achterkant van een dienst' wordt aangeduid. Daarbij gaat het doorgaans om een softwarematige 'oplossing' waarop het aan de opdrachtgever geleverde dienstenconcept, inclusief creatieve ontwerpelement, gebaseerd is. Hiertoe kan bijvoorbeeld een niet-exclusieve licentie verleend worden aan de opdrachtgever. Echter, door afhankelijkheid van bepaalde partijen voor de exploitatie van hun werken – zoals uitgevers, filmproducenten en omroeporganisaties – kan er voor creatieve makers of digital design agencies een ongelijke onderhandelingspositie ontstaan bij het stellen van dergelijke voorwaarden. Er kunnen bijvoorbeeld voor hen minder voordelige eenzijdige standaardcontracten worden gehanteerd door 'grote partijen'. Om dit te voorkomen bestaat er in Nederland sinds 2015 een bijzondere regelgeving: Het auteurscontractenrecht bevat regels die rechtenoverdracht enigszins beperkt en de positie van auteurs hiermee wat versterkt. Er gelden echter een aantal beperkingen, die in het bijzonder voor digital design agencies zouden kunnen spelen. Zo is de wet niet van toepassing op fictieve makers, zoals werkgevers en rechtspersoon-makers, en geldt deze alleen voor 'exploitatie' van werken en niet voor 'eindproducten' die zijn overgedragen of in licentie zijn gegeven aan 'eindgebruikers', zoals huisstijlen, websites, op maat gemaakte software, jingles, reclamefilms en dergelijke. Aan de andere kant kan in het geval van digital design ook beargumenteerd worden dat opdrachtgevers dergelijk materiaal op het snijvlak van software en creatieve content zoals filmwerken en videogames wél exploiteren. Dit is, met andere woorden, afhankelijk van interpretatie en argumentatie in specifieke gevallen. In het algemeen kan geconcludeerd worden dat heldere contractuele afspraken bij het verlenen van licenties in elk geval verstandig zijn, om onduidelijkheid omtrent rechtenverlening in de eerste plaats te voorkomen.

Qua rechtenverdeling geldt in het algemeen het uitgangspunt dat het de meest gunstige uitgangspositie voor innovatieve mediabedrijven is wanneer ze zelf de rechten behouden op wat wel met de 'achterkant van een dienst' wordt aangeduid. Daarbij gaat het doorgaans om een softwarematige 'oplossing' waarop het aan de opdrachtgever geleverde dienstenconcept, inclusief creatieve ontwerpelement, gebaseerd is. Hiertoe kan bijvoorbeeld een niet-exclusieve licentie verleend worden aan de opdrachtgever. Echter, door afhankelijkheid van bepaalde partijen voor de exploitatie van hun werken – zoals uitgevers, filmproducenten en omroeporganisaties – kan er voor creatieve makers of digital design agencies een ongelijke onderhandelingspositie ontstaan bij het stellen van dergelijke voorwaarden. Er kunnen bijvoorbeeld voor hen minder voordelige eenzijdige standaardcontracten worden gehanteerd door 'grote partijen'. Om dit te voorkomen bestaat er in Nederland sinds 2015 een bijzondere regelgeving: Het auteurscontractenrecht bevat regels die rechtenoverdracht enigszins beperkt en de positie van auteurs hiermee wat versterkt. Er gelden echter een aantal beperkingen, die in het bijzonder voor digital design agencies zouden kunnen spelen. Zo is de wet niet van toepassing op fictieve makers, zoals werkgevers en rechtspersoon-makers, en geldt deze alleen voor 'exploitatie' van werken en niet voor 'eindproducten' die zijn overgedragen of in licentie zijn gegeven aan 'eindgebruikers', zoals huisstijlen, websites, op maat gemaakte software, jingles, reclamefilms en dergelijke. Aan de andere kant kan in het geval van digital design ook beargumenteerd worden dat opdrachtgevers dergelijk materiaal op het snijvlak van software en creatieve content

176 Cf. *Nintendo t. PC Box* 2014.

177 Cf. *Mac SÍthigh* 2017, p. 346-347.

zoals filmwerken en videogames wél exploiteren. Dit is, met andere woorden, afhankelijk van interpretatie en argumentatie in specifieke gevallen. In het algemeen kan geconcludeerd worden dat heldere contractuele afspraken bij het verlenen van licenties in elk geval verstandig zijn, om onduidelijkheid omtrent rechtenverlening in de eerste plaats te voorkomen.

De Europese rechter heeft zich nog niet uitgesproken over de bescherming van audiovisuele formats, maar er zijn wel ontwikkelingen op nationaal vlak, bijvoorbeeld in Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Het grootste obstakel voor auteursrechtelijke bescherming wordt gevormd door het onderscheid tussen beschermde expressie en onbeschermde ideeën. Zo heeft het Gerechtshof Amsterdam bepaald dat een format voldoende oorspronkelijk en voldoende uitgewerkt moet zijn om in aanmerking te *kunnen* komen voor auteursrechtelijke bescherming. Het totaal van alle elementen moet een 'eenheid' vormen waarvoor het oorspronkelijkheidscriterium opgaat, bijvoorbeeld doordat ze een 'unieke en specifieke combinatie' vormen die een eigen, oorspronkelijk karakter van het format oplevert. Bovendien moet een format voldoende geconcretiseerd zijn. In het Verenigd Koninkrijk gelden eisen van eenheid, coherentie en reproduceerbaarheid in 'herkenbare vorm'. Over het algemeen geldt voor de *mogelijkheid* van auteursrechtelijke bescherming van formats dat het in de eerste plaats van belang is dat er sprake is van een duidelijke, gedetailleerde uitwerking op papier. Los daarvan kan geconcludeerd worden dat, net als voor contractuele digital design overeenkomsten, heldere afspraken van belang zijn om geschillen over bescherming voor te zijn, in het geval van formats bijvoorbeeld wat betreft de 'grenzen van vertrouwelijkheid' bij het uiteenzetten van ideeën of nieuwe producten.

5. AUTEURSWETGEVING IN DE VERENIGDE STATEN

5.1 ACHTERGROND¹⁷⁸

Volgens de Amerikaanse constitutie dient auteursrechtwetgeving bij te dragen aan het promoten van de vooruitgang van kunst en creatie. Daarom worden voor bepaalde tijd exclusieve rechten toegekend aan auteurs.¹⁷⁹ Op deze manier wordt een balans beoogd tussen bescherming van auteurs en hun creaties aan de ene kant en innovatie in het publieke belang aan de andere kant. In deze grondslag en overwegingen is de onderliggende utilitaristische auteursrechttraditie duidelijk zichtbaar. In lijn met deze zogenoemde constitutionele ‘*copyright clause*’ is het auteursrecht in rechtspraak ook wel aangeduid als een “*engine of free expression*”.¹⁸⁰ De *copyright clause* draagt de wetgever verder op om te zorgen voor een ‘*appropriate*’ systeem van exclusieve rechten,¹⁸¹ die kunnen worden samengevat als reproductie, het maken van afgeleide werken, distributie, publieke uitvoering, en publieke vertoning (Section 106 van de Amerikaanse Auteurswet). Waar het recht van mededeling van werken aan het publiek expliciet is geregeld in de Europese Infosoc Richtlijn,¹⁸² heeft het US Copyright Office recentelijk aangegeven dat dit recht weliswaar niet uitdrukkelijk is opgenomen in de Amerikaanse Auteurswet, maar toch beschermd wordt geacht via de andere rechten.¹⁸³

5.2 UITZONDERINGEN: TOEGANG EN GEBRUIK

Anders dan in Europese systeem, dat alleen een gesloten lijst van beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht kent, wordt het Amerikaanse systeem gekenmerkt door de zogenoemde “*fair use doctrine*”. De doctrine geeft uitdrukking aan de flexibele benadering van uitzonderingen onder het Amerikaanse auteursrecht: Als tegenwicht voor de exclusieve rechten kan bepaald gebruik uitgezonderd worden van het auteursrecht omdat het sociale of innovatieve doeleinden dient. De doctrine geeft vier factoren die per zaak moeten worden afgewogen om te bepalen of het gebruik van een werk in kwestie ‘fair’ dan wel inbreuk makend is. Deze factoren zijn opgenomen in Section 107 van de Amerikaanse Auteurswet, namelijk:

1. Het doel en karakter van het gebruik, bijvoorbeeld commercieel of educatief;
2. De aard van het beschermde werk;
3. De hoeveelheid en wezenlijkheid van het gebruikte deel in verhouding tot het gehele werk; en
4. Het effect van het gebruik op de potentiële markt voor of waarde van het beschermde werk.

¹⁷⁸ Dank gaat uit naar V.E. Breemen voor literatuurtips voor dit hoofdstuk over het Amerikaanse auteursrecht.

¹⁷⁹ Zie clause 8 van Artikel 1, sectie 8, van de Amerikaanse constitutie: “*The Congress shall have Power To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.*”

¹⁸⁰ Zie US Supreme Court 20 mei 1985, 471 U.S. 539, No. 83-1632 (Harper & Row v. Nation Enterprises).

¹⁸¹ Zie o.a. Leaffer 2010, p. 5-6.

¹⁸² Zie in Artikel 3(1) gedefinieerd als: “De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.”

¹⁸³ Register of Copyrights 2016, p. 2.

Geen van de factoren is als zodanig hoger in rang dan de andere factoren of op zichzelf beslissend; ze moeten worden geëvalueerd in het licht van de omstandigheden van het geval.¹⁸⁴ Zoals we hieronder zullen zien heeft *fair use* bijvoorbeeld een belangrijke rol gespeeld in de laatste twee episodes van de *Oracle America Inc. t. Google Inc.* software-zaak. Een ander voor innovatieve mediabedrijven relevant voorbeeld van *fair use* komt naar voren in verschillende digitaliseringszaken. Hiervoor zijn twee uitspraken van het Amerikaanse *Court of Appeals for the Second Circuit* vermeldenswaardig. Daarbij moet wederom in gedachten worden gehouden dat de beoordeling van de zaken volgens de *fair use*-factoren afhangt van de context.

De eerste zaak, *Authors Guild v. Google*, draaide om de door Google aangeboden zoekfunctie die resulteerde in weergave van ‘snippets’ van werken uit de collecties van partnerbibliotheken van het Google Books project.¹⁸⁵ De betreffende werken waren gedigitaliseerd zonder voorafgaande toestemming van rechthebbenden, terwijl deze handeling normaalgesproken is voorbehouden aan de rechthebbende onder het recht van reproductie. Toch bestempelde de rechter dit gebruik, alle factoren afwegend, als ‘fair’.

De eerste factor, het doel en karakter van het gebruik, leidde tot de conclusie dat het maken van digitale kopieën van boeken om te kunnen zoeken naar boeken die een bepaalde term bevatten “highly transformative” was, namelijk een sterke afwijking en uitbreiding van de bruikbaarheid van het origineel. Volgens de rechter kwam dit ten goede aan nieuwe vormen van onderzoek, waardoor deze factor uitviel in het voordeel van Google.¹⁸⁶ De uitspraak werd op dit punt beïnvloed door een andere recente zaak, *Authors Guild v. HathiTrust*, die hieronder nader wordt besproken in de context van tekst en datamining.¹⁸⁷ Terwijl de aard van de werken in kwestie niet doorslaggevend was voor de *fair use*-analyse onder de tweede factor,¹⁸⁸ werd digitalisering van gehele boeken onder de derde factor verder gezien als noodzakelijk om de zoekfunctie mogelijk te maken en voor het verstrekken van bepaalde informatie over de boeken. Volgens de rechter ging het niet zozeer om het feit dat Google ongeautoriseerde kopieën van gehele werken maakte, maar om het feit dat deze niet volledig aan het publiek ter beschikking werden gesteld. In andere woorden, de huidige functionaliteit van de *snippet* functie beperkte de omvang van de werken die toegankelijk werd gemaakt door Google.¹⁸⁹ In samenhang hiermee beschouwde de rechter de zoekfunctie onder de vierde factor niet als een substituut voor het originele werk.¹⁹⁰ Zoals aangegeven geeft de uitspraak geen vrijbrief voor digitalisering in het algemeen: In andere gevallen van digitalisering voor andere doeleinden kan de rechterlijke beoordeling anders uitpakken.

184 Zie o.a. Crews 2006, p. 40.

185 Zie <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-google-2dcir2015.pdf>.

186 *Authors Guild v. Google* 2015, p. 21, 23.

187 Zie <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-hathitrust-2dcir2014.pdf>.

188 *Authors Guild v. Google* 2015, p. 27-28.

189 *Authors Guild v. Google* 2015, p. 30-31.

190 *Authors Guild v. Google* 2015, p. 33-34.

De uitspraak in *Authors Guild v. HathiTrust* is ook illustratief in de context van tekst- en datamining. Hoewel sommige commentatoren menen dat de zaak niet tekst- en datamining als zodanig betrof, maar de terbeschikkingstelling van de documenten zelf,¹⁹¹ lijkt de uitspraak enige aanwijzingen over de status van tekst- en datamining onder het Amerikaanse auteursrecht te bevatten.¹⁹²

Digitale bibliotheekconsortium HathiTrust maakt gebruik van het digitale corpus van enkele miljoenen titels dat Google had gemaakt van de collecties van deelnemende universiteitsbibliotheken aan het Google Books project. Eén van de gebruiksmogelijkheden die centraal stond in deze zaak was een voltekst zoekoptie, die de rechter na een afweging als *'fair'* bestempelde.¹⁹³ In overeenstemming met de uitspraak van het District Court in 2012 overwoog het Court of Appeals in 2014 dat “the creation of a full-text searchable database is a quintessentially transformative use” onder de eerste factor, omdat het resultaat van digitaal zoeken op woorden een ander doel en karakter heeft dan een pagina van een gewoon boek.¹⁹⁴ Hoewel, om deze voltekst zoekfunctie mogelijk te maken, digitale kopieën van gehele werken waren gemaakt, waren deze niet “human-readable”. Ook waren de werken alleen doorzoekbaar op trefwoorden en werden geen delen van de boeken weergegeven aan gebruikers. Volgens het Court of Appeals is het noodzakelijk om eerst digitale kopieën te maken voordat een trefwoordzoekdienst kan worden aangeboden, die bovendien nieuwe onderzoeksmogelijkheden mogelijk maakt. Gezien dit doel is de omvang van het gebruik niet disproportioneel, waardoor de derde factor ook in het voordeel van de zoekfunctie uitpakt.¹⁹⁵ Onder de vierde factor ten slotte wordt de zoekdienst niet beschouwd als substituut voor de boeken die worden doorzocht.¹⁹⁶

Onder het Amerikaanse auteursrecht lijkt de juridische ruimte voor innovatieve diensten, zoals het doorzoeken van een corpus van gedigitaliseerde boeken, dus vooral gevonden te worden onder de open norm van *fair use*.

Interessant in dit opzicht is dat rechterlijke uitspraken de positie van zulke diensten versterken. Dit is ook te zien aan het feit dat HathiTrust na de eerste fair use overwinning direct al nieuwe tools voor tekst en datamining had aangekondigd in lijn met de missie “to create a persistent and sustainable structure that enables original research, and drives new discoveries on the text corpus of the HathiTrust repository”.¹⁹⁷

5.3 BESCHERMING

Net als in het hoofdstuk over Europese regelgeving behandelen we het Amerikaanse auteursrechtregime op een toegespitste wijze aan de hand van drie domeinen: software en games, digital design en formats. Zoals gezien brengen ‘nieuwe’, innovatieve en op digitale technologie gestoelde diensten verschillende vragen met zich mee als het gaat om

¹⁹¹ Zie Spindler 2016.

¹⁹² Vergelijk ook Rathemacher 2013.

¹⁹³ Zie <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-hathitrust-2dcir2014.pdf>.

¹⁹⁴ *Authors Guild v. HathiTrust* 2014, p. 18.

¹⁹⁵ *Authors Guild v. HathiTrust* 2014, p. 20-21.

¹⁹⁶ *Authors Guild v. HathiTrust* 2014, p. 23.

¹⁹⁷ Zie de verwijzing in Rathemacher 2013 naar <http://ovpitnews.iu.edu/news/page/normal/24146.html>.

auteursrechtelijke begrippen en interpretaties. Het Amerikaanse Copyright Office heeft bijvoorbeeld circulaire's gepubliceerd die het publiek actuele informatie verschaffen over het auteursrecht. Een aantal circulaire's licht de status van verschillende soorten werken onder het auteursrecht toe. Ook computerprogramma's en websites of content gepubliceerd via websites komen aan de orde.

Algemeen uitgangspunt, zo stelt Section 102(a) van de Copyright Act, is de bescherming van *"original works of authorship"*. 'Auteur' is in de zaak *Burrow Giles Lithographic Co. t. Sarony* door het Amerikaanse Hooggerichtshof gedefinieerd als *"[h]e to whom anything owes its origin; originator, maker"*.¹⁹⁸ Leaffer legt uit dat auteurschap en originaliteit aldus nauw verwant zijn en dat originaliteit de kern is van auteurschap. Origineel auteurschap gaat uit van onafhankelijke creatie. Op het moment dat iemand slaafs kopieert van een ander kan er aldus geen status als auteur worden geclaimd.¹⁹⁹ Naast onafhankelijke creatie wordt er ook nog een *"minimal amount of creative authorship"* verwacht, met andere woorden: Dit is een *"de minimis"* standaard, waar vrijwel elke zich van voorgaand werk onderscheidende variatie zich voor kwalificeert. In die zin verschilt de originaliteitsstandaard in het auteursrecht significant van de strengere octrooi-standaard van 'nieuwheid'.²⁰⁰ Net als bij de Europese tegenhanger geldt bescherming niet voor *"any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery"*, zoals vastgelegd in Section 102(b) van de US Copyright Act.

5.3.1 Software en Games

Deze paragraaf bespreekt de belangrijkste auteursrechtelijke vragen die relevant zijn voor software en games in de context van het Amerikaanse auteursrechtelijke systeem. Specifiek gaat het om de volgende vragen:

1. In hoeverre zijn software en games beschermd onder het auteursrecht in het licht van auteursrechtelijke criteria als 'werk', 'originaliteit' en de 'idee/expressie dichotomie'?
2. Wat is wel en wat is niet beschermbaar materiaal?

Voor computerprogramma's geeft het Copyright Office in Circular 61 aan dat auteursrechtbescherming zich uitstrekt tot *"all of the copyrightable expression embodied in the program"*.²⁰¹ Wat hier in elk geval niet onder valt, zijn de functionele aspecten van het programma, zoals *"algorithms, formatting, functions, logic, or system design"*.²⁰²

198 *Burrow-Giles Lithographic Company t. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884), 58 (via Leaffer 2010, p. 56).

199 Zie het voorgaande in Leaffer 2010, p. 56.

200 Zie het voorgaande in Leaffer 2010, p. 56 en 57.

201 Circular 61, p. 1.

202 Circular 61, p. 1.

De auteursrechtstatus van computerprogramma's is controversieel en als zodanig voorwerp van debat en rechtszaken (geweest).²⁰³ Sinds de uitspraak in hoger beroep in *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.* uit 1983 is bepaald dat computerprogramma's ook beschermde werken kunnen zijn als ze voldoen aan de vereisten van originaliteit en fixatie, ook al worden ze niet expliciet genoemd in de Section 102(a) van de Amerikaanse Auteurswet.²⁰⁴ De zaak ging onder andere om de vraag of computerprogramma's uitgedrukt in "object code" (machine- of binaire taal bestaand uit twee symbolen, namelijk 0 en 1), onderscheiden van programma's in "source code" (woorden en symbolen), of vastgelegd op ROM (Read Only Memory) auteursrechtelijk beschermd kunnen zijn. Volgens het Court of Appeals is in de wet geen grond te vinden voor de opvatting dat een programma in object code geen voorwerp van auteursrechtbescherming zou kunnen zijn. Onder de term 'literaire werken' in de zin van de Amerikaanse Auteurswet kunnen volgens deze redenering niet alleen woordelijke expressie maar ook nummers of andere numerieke symbolen of onderscheidingstekens vallen, waarmee de gangbare interpretatie van 'literaire werken' wordt uitgebreid.²⁰⁵ Met andere woorden: Een computerprogramma, of nu uitgedrukt in object code of source code, is volgens deze opvatting een literair werk en als zodanig te beschermen tegen ongeautoriseerde kopieën onder het auteursrecht.

Het Hof van Beroep stipt verder ook nog de zogenoemde ideeën/expressie dichotomie aan. Vastgelegd in Section 102(b) houdt deze doctrine in dat ideeën als zodanig niet beschermd zijn, maar alleen de concrete uitdrukking.²⁰⁶ In de uitspraak citeert het Hof de wetsgeschiedenis, waarin is gesteld dat Section 102(b) was bedoeld *"to make clear that the expression adopted by the programmer is the copyrightable element in a computer program, and that the actual processes or methods embodied in the program are not within the scope of the copyright law."* Met andere woorden: Alleen de concrete uiting zoals 'gekozen' door een programmeur is wat van computerprogramma's in aanmerking komt voor auteursrechtelijke bescherming, en niet het algemene onderliggende idee. Als eenzelfde idee op meerdere manieren expressie kan vinden, zal dat meerdere malen bescherming onder het auteursrecht opleveren en zal er geen sprake zijn van inbreuk.²⁰⁸

Na de *Apple*-zaak uit 1983 heeft nog een aantal uitspraken in de jaren '90 duidelijkheid proberen te brengen in een aantal *"second generation issues"* in de context van software en auteursrechtbescherming.²⁰⁹

203 Leafier 2010, p. 101.

204 *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.* 1983, par. 23-30.

205 *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.* 1983, par. 20-22, 38. De uitspraak verwees in dit opzicht naar het eindrapport (1979) van CONTU, de National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works die in 1974 was opgericht door US Congress met als doel om computergebruik van auteursrechtelijk beschermde werken te bestuderen. Kritisch over dit rapport: P. Samuelson, 'CONTU Revisited: The Case Against Copyright Protection for Computer Programs in Machine-Readable Form', *Duke Law Journal* Vol. 1984, No. 4 (1984), p. 663-769.

206 *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.* 1983, par. 63-71.

207 *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.* 1983, par. 64, zie ook de verdere paragrafen.

208 *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.* 1983, par. 66.

209 Zie Joyce e.a. 2013, p. 164-165, 697, 701. McManis legt het onderscheid tussen first en second generation zaken in de context van auteursrecht en computerprogramma's als volgt uit: *"The case law applying the Copyright Act to computer programs can be divided into two generations, corresponding to §§ 102 and 106. The first generation was concerned with whether all forms of computer programs were copyrightable subject matter, while the second generation has attempted to define the scope of the exclusive rights held by the owner of a computer-program copyright."* McManis 1993, p. 41. Zie ook verder op p. 41 en 43.

Het gaat hier allereerst om de vraag of er in het geval van computerprogramma's, beschermd als literaire werken onder het auteursrecht, sprake kan zijn van *non-literal* (niet-letterlijk) kopiëren en inbreuk (zie ook hierboven in de paragraaf over Europese softwarebescherming). In een dergelijk geval moet een rechter bepalen of er slechts sprake is van gelijkenissen vanwege een gedeeld onderliggend idee, of dat gelijkenissen erop wijzen dat de tweede auteur de uiting van de eerste auteur heeft gekopieerd.²¹⁰

In *Computer Associates t. Altai* heeft het US Court of Appeals de heersende leidraad voor computerprogramma's vastgelegd – specifiek “*whether one computer program copied nonliteral expression from another program's code*”²¹¹ – door middel van een toets in drie stappen; abstractie, filtering en vergelijking.²¹² Dit betekent ten eerste dat het programma geabstraheerd moet worden in verschillende lagen van ‘algemeenheid’.²¹³ Ofwel, een programma moet ‘uit elkaar’ gehaald worden en elke laag van abstractie moet geïsoleerd worden.²¹⁴ Op deze manier kan een rechter een kader schetsen waarbinnen beschermde uitingen van onbeschermd ideeën gescheiden kunnen worden.²¹⁵ Ten tweede moeten elementen uit het programma gefilterd worden die zijn bepaald door efficiëntie, externe factoren (zoals “mechanical specifications, compatibility requirements”²¹⁶), of uit het publieke domein afkomstig.²¹⁷ De derde stap is om de overgebleven, beschermde elementen te vergelijken met de overeenkomstige elementen van het mogelijk inbreuk makende werk om te bepalen of er een zodanige mate van kopiëren heeft plaatsgevonden dat er daadwerkelijk sprake is van een inbreuk op het auteursrecht.²¹⁸ Volgens het Hof is het gevolg tweeledig: Enerzijds is er voor auteurs sprake van gepaste bescherming van hun innovatieve, utilistische werken (die uitingen bevatten); anderzijds blijven onbeschermd technische uitingen in het publieke domein voor anderen om vrij te gebruiken als bouwstenen voor eigen werken.²¹⁹ Zoals het Hof van Beroep in de conclusie van de Altai uitspraak toelicht:

“At first blush, it may seem counter-intuitive that someone who has benefitted to some degree from illicitly obtained material can emerge from an infringement suit relatively unscathed. However, so long as the appropriated material consists of non-protectible expression, “[t]his result is neither unfair nor unfortunate. It is the means by which copyright advances the progress of science and art.”²²⁰

210 Zie deze toelichting uit *Lotus t. Borland* 1995, par. 32.

211 *Lotus t. Borland* 1995, par. 32.

212 *Computer Associates t. Altai* 1992. Zie kort samengevat in *Lotus t. Borland* 1995, par. 33.

213 Leaffer 2010, p. 430, *Lotus t. Borland* 1995, par. 33.

214 Leaffer 2010, p. 430, *Lotus t. Borland* 1995, par. 33.

215 *Lotus t. Borland* 1995, par. 33.

216 Leaffer 2010, p. 430.

217 Leaffer 2010, p. 430, *Lotus t. Borland* 1995, par. 33.

218 *Lotus t. Borland* 1995, par. 33.

219 Zoals het Court of Appeals stelt in de conclusie in *Computer Associates t. Altai* 1992.

220 *Computer Associates t. Altai* 1992, Conclusion.

Hieruit blijkt duidelijk de utilitaristische, pragmatische inslag van het Amerikaanse auteursrecht, waarbij het *'greatest good for the greatest number'* leidinggevend is.

Onder de kwesties van de 'tweede generatie' valt ook de vraag of *non-literal* aspecten van computerprogramma's, zoals *"structure, sequence, and organization"*, en *computer user interfaces* binnen de reikwijdte van het auteursrecht vallen.²²¹ In de hoger beroepsuitspraken in *Computer Associates t. Altai* en *Lotus t. Borland* werd die vraag ontkennend beantwoord, zodat er nu consensus bestaat over de conclusie dat interfaces worden gezien als onderdeel van de functionaliteit van een programma, terwijl die functionaliteit niet onder de beschermde uitdrukingswijze van het programma valt.²²² Ondanks mogelijke esthetische kenmerken omvat de principale functie van gebruikersinterfaces het mogelijk maken van efficiënt gebruik van de computer.²²³ In *Lotus t. Borland* stelt het Hof van Beroep dat de *"menu command hierarchy"* van Lotus een *"method of operation"* is – hierbij de term uit Section 102(b) gebruikend die hierboven al even is genoemd – die niet vatbaar is voor auteursrechtbescherming.²²⁴ Zoals Samuelson heeft samengevat: *"Since the Borland and Altai rulings, it has become well-accepted that program "expression" does not include program functionality, but only what program texts say and how they say it. Interfaces are considered part of program functionality."*²²⁵

Een zaak die sinds 2010 loopt en waarin auteursrecht, computerprogrammering, en fair use centraal staan, is *Oracle America Inc. t. Google Inc.* Meer specifiek had Google gebruik gemaakt van Sun Microsystems' Java API's (application programming interfaces, die op elk platform kunnen draaien ongeacht processor of operating system) in het ontwikkelen van Android, zonder daarvoor een licentie bij Oracle af te sluiten. Het gaat dus om de vraag of Google daarmee inbreuk heeft gemaakt op Oracle's auteursrecht. Wat de beschermingsvraag betreft, werden API's in 2012 geacht niet vatbaar te zijn voor auteursrechtbescherming, wat in 2014 werd teruggedraaid. Wat de inbreukvraag betreft, werd in 2016 fair use aangenomen door een jury, maar ging de rechtbank in 2018 niet mee in de fair use-verdediging van Google.²²⁶ In de afweging pleitte elke van de hiervoor genoemde factoren tegen fair use. Wat in het bijzonder zwaar woog was dat het significante, niet-transformatieve maar commerciële gebruik door Google een negatief effect zou hebben op de markt van het originele werk.

De zaak is terugverwezen naar de district court om de schadevergoeding te bepalen, maar Google zou de zaak nog voor het Supreme Court kunnen brengen. Ongeacht de uitkomst is de conclusie dat de toelaatbaarheid van het voortbouwen op bestaande computerprogramma's zonder toestemming onder het Amerikaanse auteursrecht een kwestie van afweging en interpretatie is. Dit is van belang voor ontwikkelaars van nieuwe programmeertaal en daarmee voor technologische ontwikkelingen op internet.²²⁷

²²¹ Zie hierover Samuelson 2011.

²²² Zie Samuelson 2011.

²²³ Joyce e.a. 2013, p. 165.

²²⁴ *Lotus t. Borland* 1995, par. 38, 39, 42, 43, 46, 50, 51-52.

²²⁵ Zie Samuelson 2011.

²²⁶ Zie een samenvatting en de opinie uit 2018 op: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1118/17-1118-2018-03-27.html>.

²²⁷ Zie over het voorgaande en het verloop van deze zaak: A. Orlowski, 'Happy as Larry: Why Oracle won the Google Java Android case' (29 maart 2018), beschikbaar via: https://www.theregister.co.uk/2018/03/29/oracle_google_android/ en J. Bailey, 'A Brief History of Oracle v. Google' (29 maart 2018), beschikbaar via: <https://www.plagiarismtoday.com/2018/03/29/a-brief-history-of-oracle-v-google/>.

Wat games betreft, kan uit de eerder genoemde Circular 61 afgeleid worden dat, in de context van software, functionaliteit en videogames, mogelijk beschermde materie ziet op het programma dat de game afspeelt en het audiovisuele materiaal dat op het scherm verschijnt.²²⁸ Er is dus sprake van mogelijk tweeledige bescherming onder het auteursrecht: Bescherming als een audiovisueel werk of als een *motion picture*, en bescherming van de onderliggende computer code als literair werk.²²⁹ Over de bescherming van ‘screen displays of a video game’ bestaat niet zozeer discussie, maar over de bovengenoemde auteursrechtelijke bescherming van *user interfaces* in algemenere zin wel.²³⁰ Op het moment dat games, en dan met name de *screen displays*, – ofwel de *graphics* of andere content – neigen naar audiovisuele materie zoals “*motion pictures*”, zal er veelal sprake zijn van beschermde uitingen onder het auteursrecht. Andere games kunnen een meer functionele interface en display hebben. Echter, wanneer afzonderlijke elementen van *videogame screen displays* onbeschermd zijn, moet er nog wel gekeken worden of de combinatie daarvan wel bescherming oplevert.²³¹ Maar op het moment dat er sprake is van technisch bepaalde, functionele, *utilitarian* keuzes ligt het voor de hand dat er geen sprake is van een beschermde uiting.

Een bijzonder relevant concept in de context van online games en apps is ‘cloning’, ofwel: “*the intentional copying of sets of game mechanics, with slight alterations to art and design in order to capitalise on a previous games’ success*”.²³² Hier spelen vragen rond ideeën/expressies, *utilitarian* keuzes, en de *merger* en *scènes à faire* concepten een grote rol in het bepalen van beschermde materie en inbreuk. *Merger* houdt in dat een idee en de specifieke uiting daarvan versmolten zijn. Als de uiting dan beschermd zou worden, zou dat een monopolie opleveren voor de auteursrechthebbende over een idee.²³³ *Scènes à faire* speelt een rol wanneer een uiting zodanig geassocieerd is met een bepaald genre of idee dat men wel gedwongen wordt om een dergelijke uiting te gebruiken,²³⁴ het is zogezegd ‘standaard’.²³⁵ Greenberger noemt voorbeelden zoals de doolhoven, tunnels en puntentabel in Pac-Man en de golfbanen, clubs, golfers, windvlaggen etc. in golf videogames.²³⁶

228 Circular 61, p. 6.

229 Greenberger 2013, p. 1.

230 Zie Joyce e.a., p. 165.

231 Leaffer 2010, refererend aan Atari Games Corp. t. Oman (979 F.2d 242 (D.C. Cir. 1992)): “*In Atari Games Corp. v. Oman, the court held that the Copyright Office improperly denied registration to a videogame screen. The Office erred because it focused on the independent components of the screens made up of simple geometric shapes. The Office should have evaluated the work as a whole because even simple geometric shapes, when selected and combined in a distinctive manner, may meet the modest standard for creative authorship.*” En in de bijbehorende voetnoot: “*See Atari Games Corp., 979 F.2d at 244 (Stating that the work would be copyrightable “if the requisite level of creativity is met by either the individual screens or the relationship of each screen to the others and/or the accompanying sound effects”.*” Zie ook Section 103 van de US Copyright Act betreffende compilations. Leaffer 2010, p. 59: “*A “compilation” (including collective works) results from a process of selecting, organizing, and arranging previously existing material of all kinds, regardless of whether the individual items have been subject to copyright.*”

232 Mac Sithigh 2017, p. 349.

233 Mac Sithigh 2017, p. 349.

234 Mac Sithigh 2017, p. 349.

235 Atari, Inc. t. North American Philips Consumer Electronics Corp. 1982.

236 Atari, Inc. t. North American Philips Consumer Electronics Corp. 1982.

Ondanks hedendaagse relevantie kwamen vraagstukken rond knock-offs van games al voor het eerst op tijdens de “arcade games boom” van de jaren '80.²³⁷ Inbreukclaims van game ontwikkelaars tegen andere game ontwikkelaars brachten de noodzaak met zich voor rechters om auteursrecht doctrines toe te passen op de games sector.²³⁸ In *Atari, Inc. t. North American Philips Consumer Electronics Corp* uit 1982 stond de vraag centraal of inbreuk was gemaakt op Atari's Pac-Man.²³⁹ Verschillende aspecten werden als onbeschermd beoordeeld op basis van *scènes à faire* in een “maze-chase game”, maar op de centrale karakters van de game (zogenoemde ‘gobblers’ en pursuit figures zoals ‘ghost monsters’) was wel inbreuk gemaakt.²⁴⁰ Deze werden omschreven als “wholly fanciful creations, without reference to the real world”.²⁴¹ In een zaak omtrent soortgelijke karate videogames zorgde een merger en scène à faire beoordeling voor de bevinding dat er geen sprake was van een inbreuk.²⁴² Zoals het Hof van Beroep in die zaak toelichtte:

“The fifteen features listed by the court “encompass the idea of karate.” These features, which consist of the game procedure, common karate moves, the idea of background scenes, a time element, a referee, computer graphics, and bonus points, result from either constraints inherent in the sport of karate or computer restraints. After careful consideration and viewing of these features, we find that they necessarily follow from the idea of a martial arts karate combat game, or are inseparable from, indispensable to, or even standard treatment of the idea of the karate sport. As such, they are not protectable.”²⁴³

En een meer recente (app) game-zaak betreft het spel *Tetris*.²⁴⁴ Het District Court of New Jersey vond de *scènes à faire* en *merger* doctrines niet van toepassing, zoals ze bijvoorbeeld van toepassing zouden zijn op een karate of golfspel, vanwege het “purely fanciful” karakter van het Tetris spel. Bovendien oordeelde de rechter dat de “overall look and feel” van de twee spellen in de zaak identiek was. Xio zou ook niet hebben betwist dat het bijna alle visuele uiterlijkheden van Tetris had gekopieerd, alleen dat het niet-beschermbare elementen waren, voortkomend uit regels en functionaliteit. Volgens de rechter zouden er echter vrijwel oneindige mogelijkheden zijn om uiting te geven aan het idee van Tetris, i.e. het samen passen van geometrische puzzelstukjes, de verschillende soorten en vormen stukjes en hun beweging en rotatie. Met andere woorden: er was sprake van auteursrechtinbreuk.²⁴⁵

237 Zie hierover Samuelson 2011.

238 Mac Sithigh 2017, p. 349.

239 Mac Sithigh 2017, p. 349.

240 *Atari, Inc. t. North American Philips Consumer Electronics Corp.* 1982.

241 *Atari, Inc. t. North American Philips Consumer Electronics Corp.* 1982.

242 Mac Sithigh 2017, p. 349; Greenberger 2013, p. 2; *Data East USA, Inc. t. Epyx, Inc.* 1988.

243 *Data East USA, Inc. t. Epyx, Inc.* 1988.

244 *Tetris Holding LLC t. Xio Interactive, Inc.* 2012.

245 Zie *Tetris Holding LLC t. Xio Interactive, Inc.* 2012; zie over de zaak Mac Sithigh 2017, p. 350. Zie ook Joyce e.a. 2013, p. 704: “In *Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive, Inc.* [...], the court found that Xio had copied “almost all of visual looks of Tetris,” including the visual appearance and motion of the pieces, the dimensions of the playing field, the use of “garbage” lines and “ghost” pieces, the “preview” of the next piece, and the way the pieces change color when “locked” into place. Are any of these things “rules” of the game that should have been “filtered out”?

Wat aldus een grote rol zal spelen bij de beschermingsvraag van videogames is het aloude onderscheid tussen ideeën en expressies. Toepassing van de idee/expressie dichotomie en filteren op basis van *merger* en *scènes à faire* zal echter snel kunnen leiden tot de conclusie dat aspecten onbeschermd zijn, en bescherming geldt in dergelijke gevallen alleen tegen praktisch identieke kopieën.²⁴⁶ Bovendien kijken rechters soms ook naar de *'look and feel'* of *'total concept and feel'* van een game, ook wel de *graphical user interface* (GUI), om te bepalen of een game inbreuk maakt op auteursrecht.²⁴⁷ Hierbij wordt dan in het bijzonder gekeken of dit onderling genoeg verschillend is of vrijwel identiek is. En wederom speelt een belangrijke rol dat de elementen die de *'look and feel'* bepalen expressies in plaats van ideeën zijn.²⁴⁸ Er is namelijk ook kritiek op deze benadering om gelijkenissen te bepalen op basis van *'look and feel'*. Zoals Nimmer & Nimmer stellen: *"More broadly, the touchstone of 'total concept and feel' threatens to subvert the very essence of copyright, namely the protection of original expression."*²⁴⁹

Wat hier tevens nog noemenswaardig is, is de vraag wat een passende juridische oplossing is voor 'clones', gezien vanuit game ontwikkelaars zelf. Mac Síthigh merkt op dat in een workshop met game ontwikkelaars voor een project omtrent games, transmedia en het recht in het Verenigd Koninkrijk duidelijk afkeer bestond van het uitbreiden van juridische bescherming tegen cloning. Één van de deelnemers in de workshop stelde: *"The idea of a legal institute outside of videogames to decide whether something is too close to something or not sounds awful."*²⁵⁰

Voor websites of website content merkt het Copyright Office in Circular 66 op dat deze niet expliciet worden erkend als een type van beschermbare inhoud onder de Amerikaanse Auteurswet.²⁵¹ Wel wordt aangegeven dat websites mogelijk als compilatie of verzamelwerk kunnen worden beschermd als aan een aantal vereisten is voldaan, zoals een bepaalde mate van originaliteit en creativiteit die tot uiting moet komen in de selectie of rangschikking van de content op de betreffende webpagina.²⁵² Het Copyright Office geeft aan dat een copyright registratie de content moet bevatten in de vorm waarin het verschijnt op de feitelijke website, niet de HTML code, die wordt beschreven als *"a standard markup language used in the design of websites. HTML establishes the format of layout of the content that appears on a particular webpage by instructing the user's browser to present that content in a specified manner"*.²⁵³ HTML wordt alleen gezien als een werk van letterkunde als het gemaakt is door een natuurlijk persoon, en een voldoende mate van creatieve expressie bevat.

Als voorbeelden van beschermbare inhoud worden verder individuele werken op een website genoemd, waaronder blogposts, muziekwerken en foto's, die geregistreerd kunnen worden als werken van letterkunde, werken van de uitvoerende kunsten, en beeldend kunstwerken, respectievelijk. Aangezien websites regelmatig worden geüpdatet, is het relevant om te vermelden dat elke nieuwe versie van een website in het algemeen wordt beschouwd als een apart werk voor registratiedoeleinden.²⁵⁴

246 Greenberger 2013, p. 2; Dean 2016, p. 1256.

247 Dean 2016, p. 1254.

248 Zie hierover Dean 2016, p. 1255.

249 Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, § 13.03[A][1][c], via Dean 2016, voetnoot 103.

250 Zie Mac Síthigh 2017, p. 351.

251 Circular 66, p. 1.

252 Circular 66, p. 3.

253 Circular 66, p. 3.

254 Circular 66, p. 5.

Sommige onderdelen worden echter geacht niet vatbaar te zijn voor auteursrechtelijke bescherming, namelijk:

“ideas or plans for future websites; functional design elements; domain names or URLs; the layout, format, or ‘look and feel’ of a web page; or other common, unoriginal materials such as names, icons, or familiar symbols”.²⁵⁵

In andere woorden staat ook hier de originele uiting weer centraal, en vallen ideeën en stijl buiten bescherming.

5.3.2 Digital Design

In deze paragraaf komen dezelfde vragen aan bod voor het Amerikaanse regime die eerder werden behandeld in onze verhandeling over auteursrechtelijke bescherming van digital design onder het Europese regime:

1. Hoe zit het met bescherming van ontwerpen in het digitale domein, i.e. digital design, die tussen software en creatieve content in zitten?
2. Wie heeft de rechten waarop bij ontwerpen in opdracht?

Zoals we hebben gezien kan software in de VS bescherming genieten onder het auteursrecht. Het is expliciet erkend in jurisprudentie dat het beschermd kan zijn als literair werk. Voor de bescherming van creatieve content, zoals bijvoorbeeld *videogame screen displays*, gelden (ook) in de VS de originaliteitsstandaard en de idee/expressie dichotomie als belangrijkste auteursrechtelijke principes. Voor een leidraad kunnen we kijken naar wat de geldende standaard is in zaken omtrent de bescherming van *graphical user interfaces*, zoals toegelicht door Joyce e.a. op basis van diverse rechterlijke uitspraken.²⁵⁶ Zo zijn *menu command hierarchies* bijvoorbeeld niet beschermd, want deze zijn onderdeel van de functionaliteit,²⁵⁷ en kunnen *graphical user interfaces* wel beschermd zijn, bijvoorbeeld als *motion pictures* of compilaties.²⁵⁸ Ofwel: In aansluiting op de gangbare auteursrechtelijke principes zijn ideeën en functionaliteit onbeschermd op het gebied van software en games. Verder worden ‘standaard’ of ‘gedwongen’ uitingen, bijvoorbeeld volgens een bepaald genre, i.e. golfbanen, clubs, golfers, windvlaggen in golfvideogames, en versmolten ideeën en expressies niet beschermd op grond van de *scènes à faire*, respectievelijk de *merger doctrines*.²⁵⁹ Verder kunnen we ook nog kijken naar de wel en niet

²⁵⁵ Circular 66, p. 2.

²⁵⁶ Joyce e.a., p. 702, 704.

²⁵⁷ Joyce e.a., p. 702; *Lotus t. Borland* 1995.

²⁵⁸ Joyce e.a., p. 702, 704.

²⁵⁹ *Greenberger* 2013, p. 2; *Data East USA, Inc. t. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988).

beschermbare inhoud van websites en website content, zoals uitgelegd in Copyright Circular 66. Wederom komen originele uitingen zoals foto's, muziek en audiovisuele werken – als individuele uitingen, dan wel als verzamelwerk – wel voor bescherming in aanmerking, en ideeën en stijl niet.

Voor digital design kan aldus, net als bij games, een meerledig beschermingsregime van toepassing zijn:

- **(a)** Bescherming van bron- en doelcode als literaire werken en van creatieve elementen zoals *screen displays als audiovisual works, of motion pictures*, vergelijkbaar met videogames, zie Section 102(a)(1), respectievelijk 102(a)(6) van de US Copyright Act. Mac Síthigh merkt op dat laatstgenoemde bescherming – met name zichtbaar in een lijn jurisprudentie in de context van *arcade games* in de jaren '80 – in aanvulling op, en niet in plaats van, de bescherming van software geldt.²⁶⁰ Dit zal dan waarschijnlijk ook het geval zijn voor digital design;
- **(b)** Bescherming van website content en websites als individuele auteursrechtelijk beschermde werken, respectievelijk verzamelwerk, ook al is dit niet als zodanig als categorie opgenomen in Section 102 van de US Copyright Act.²⁶¹

Waar het grotendeels op neer zal komen is, net als bij computerprogramma's, een onderscheid tussen creatieve elementen en het utilistische, op functionaliteit gebaseerde, karakter van (elementen van) de werken, zoals in het geval van *user interfaces*.²⁶² Ofwel: De beschermingsvraag kan samenhangen met het duale karakter van digital design als het aankomt op creativiteit en functionaliteit. Verder zal er veel afhangen van de beoordeling of elementen ideeën vormen, *scènes à faire*, ofwel 'standaard' of 'gedwongen', of *merger*, ofwel een versmelting van ideeën en de uiting zijn.

Wat betreft de vraag omtrent rechtenverdeling en –verlening bij ontwerpen in opdracht kan wederom gesteld worden dat het de gunstigste uitgangspositie voor innovatieve bedrijven is wanneer deze zelf de rechten behouden op de 'achterkant van een dienst' om code en content te kunnen hergebruiken, hierop voort te bouwen en verder te innoveren. Uitgangspunt is dat de auteur van het werk de "*source of copyright ownership*" is.²⁶³ Verder spelen in de VS zowel de *works made for hire*²⁶⁴ en de contractuele praktijk een grote rol.

Auteursrechtelijk beschermde werken kunnen door werknemers in een werknemersdienstverband worden gecreëerd. In het geval van *works made for hire*, ligt het initiële auteursrecht bij de werkgever, die als auteur van het werk wordt beschouwd.²⁶⁵ Section 101 van de US Copyright Act onderscheidt twee gevallen, en twee sets criteria, waarin een *works made for hire* situatie ontstaat. Deze lijken vrij rechtlijnig, maar hebben toch voor rechtspraak gezorgd. Section 101 leest als volgt:

²⁶⁰ Mac Síthigh 2017, p. 346.

²⁶¹ Circular 66.

²⁶² Zie Joyce e.a. 2013, p. 165, over de 'second generation' issues rond software bescherming. Zie ook p. 702-704.

²⁶³ Section 201(a) US Copyright Act.

²⁶⁴ Section 101 US Copyright Act; Section 201(b) US Copyright Act; Joyce e.a. 2013, p. 263 e.v.; Leaffer 2010, p. 186 e.v.

²⁶⁵ Section 201(b) US Copyright Act.

A “work made for hire” is—

(1) a work prepared by an employee within the scope of his or her employment; or

(2) a work specially ordered or commissioned for use as a contribution to a collective work, as a part of a motion picture or other audiovisual work, as a translation, as a supplementary work, as a compilation, as an instructional text, as a test, as answer material for a test, or as an atlas, if the parties expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire.

Wat de eerste categorie betreft stond in *CCNV t. Reid* centraal dat de termen *employee* of *scope of employment* niet in de Copyright Act gedefinieerd zijn. De zaak betrof een beeldhouwwerk in opdracht. Er kon dus geen sprake zijn van een *work made for hire* situatie onder categorie (2): Beeldhouwwerken vallen niet onder één van de negen categorieën van werken. In de zaak stond dus de vraag rond een *work made for hire* op basis van categorie (1) centraal. Het Supreme Court bepaalde dat *employee* begrepen moet worden in het licht van de *general common law of agency*, ofwel in geval van een *master-servant* relatie.²⁶⁶ Het Supreme Court haalt voor het bepalen van werknemer of onafhankelijke opdrachtnemer hierbij dertien feitelijke factoren aan die een rol spelen:

“[t]he hiring party’s right to control the manner and means by which the product is accomplished [...]; the skill required; the source of the instrumentalities and tools; the location of the work; the duration of the relationship between the parties; whether the hiring party has the right to assign additional projects to the hired party; the extent of the hired party’s discretion over when and how long to work; the method of payment; the hired party’s role in hiring and paying assistants; whether the work is part of the regular business of the hiring party; whether the hiring party is in business; the provision of employee benefits; and the tax treatment of the hired party.”²⁶⁷

In het geval van de beeldhouwer Reid kon gezegd worden dat hij alle kenmerken had van een onafhankelijke opdrachtnemer. Er was weliswaar controle van CCNV in die zin dat ze aanwijzingen gaven om te verzekeren dat Reid een beeldhouwwerk zou afleveren dat aan hun specificaties voldeed, maar de hoeveelheid controle is slechts één van de factoren. Alle andere factoren werden uitgelegd in het voordeel van Reid.²⁶⁸

266 *CCNV t. Reid* 1989; Leaffer 2010, p. 191; Joyce e.a. 2013, p. 263-272.

267 *CCNV t. Reid* 1989, *Restatement of Agency Section 220(2)*; Leaffer 2010, p. 191.

268 Zie voor het voorgaande Leaffer 2010, p. 191; *CCNV t. Reid* 1989 (zoals gereproduceerd in Joyce e.a. 2013, p. 271-272).

Er geldt dus een vrij beperkte reikwijdte van de doctrine, en dit laat dan ook een grote ruimte in de praktijk die contractueel ingevuld moet worden. Leaffer werpt bijvoorbeeld de vraag op of freelance auteurs wel beter af zijn na *CCNV t. Reid*, omdat het gevolg van de uitspraak kan zijn dat werkgevers, met vaak een sterkere onderhandelingspositie, sterk kunnen aandringen op overdracht van het auteursrecht van hun onafhankelijke opdrachtnemers.²⁶⁹ In ieder geval zal er dus contractueel vastgelegd moeten worden welke van de 'bundel' auteursrechten overgedragen, dan wel gelicentieerd, worden en onder welke voorwaarden.²⁷⁰

In die zin verschilt de Nederlandse situatie dusdanig van de Amerikaanse situatie dat er in Nederland een speciaal regime bestaat om de (ongelijke) situatie van auteurs te reguleren, terwijl er in de VS – los van de intentie om met de eis dat partijen *“expressly agree in a written instrument signed by them that the work shall be considered a work made for hire”* een meer gelijkwaardige situatie te creëren²⁷¹ – meer overgelaten wordt aan de contractuele vrijheid.

5.3.3 Audiovisuele Content: Bescherming van Formats

In deze paragraaf komen de volgende vragen aan de orde die relevant zijn voor auteursrechtelijke bescherming van audiovisuele content, in het bijzonder van formats, onder het Amerikaanse auteursrechtstelsel:

1. *In hoeverre zijn formats auteursrechtelijk te beschermen?*
2. *Welke moeilijkheden komen hierbij naar voren, gezien het fluïde karakter van de ‘content’ die formats vormen?*

Auteursrechtelijke bescherming van formats is ook binnen het Amerikaanse auteursrechtstelsel geen eenvoudig vraagstuk. De situatie in de televisieformat-industrie is wel omschreven als *“an environment with a considerable amount of legal uncertainty, a low level of protection, and a high level of format imitation.”*²⁷² De specifieke eigenschappen van een ‘format’ maken dat het concept een fluïde karakter heeft. Eén van de voornaamste redenen dat onder het Amerikaanse auteursrecht weinig bescherming lijkt te worden toegekend aan televisieformats komt dan ook voort uit de idee/expressie dichotomie.²⁷³ Andere obstakels worden gevormd door de *scènes à faire* en *merger* doctrines die we ook al zagen in de paragraaf over software en games, ofwel: Uitingen zijn zodanig ‘standaard’ en ‘verwacht’ in relatie tot het idee waaruit ze voortkomen, respectievelijk de uiting en het idee zijn zodanig versmolten, dat er geen bescherming wordt toegestaan onder het auteursrecht.²⁷⁴

²⁶⁹ Leaffer 2010, p. 193.

²⁷⁰ Zie <https://www.aiga.org/copyright-basics-for-graphic-designers>: “For graphic designers, the relevant exclusive rights are the rights to (1) reproduce, (2) display, and (3) make adaptations (“derivative works”) based on your work. Each exclusive right in the copyright bundle can be owned separately. [...] Moreover, you can give permission, or a “license,” under any of the bundled rights on a nonexclusive basis.”

²⁷¹ Leaffer 2010, p. 189.

²⁷² Bechtold 2013, p. 463.

²⁷³ Zie o.a. Rubin 2005, p. 670, Gottlieb 2010, p. 18, Bergman 2011, p. 247, Bechtold 2013, p. 467.

²⁷⁴ Bechtold 2013, p. 468-469; Bergman 2011, p. 252-253.

Wellicht zou bescherming mogelijk zijn als een compilatie onder Section 103 van de Copyright Act, maar volgens Bechtold zal dit voor 'typische' TV formats doorgaans niet het geval zijn, waarbij thema, karakters en vergelijkbare elementen slechts een verzameling van niet-beschermde ideeën vormen.²⁷⁵ We moeten hier ook weer het utilitaristische karakter van het Amerikaanse auteursrecht en de Amerikaanse grondwet in gedachten houden. Daarin heeft bescherming onder het auteursrecht als doel *"to promote the progress of science and useful arts"*.²⁷⁶ Auteursrechtelijke bescherming van ideeën betekent immers limitering van het publieke domein en een barrière voor genoemde *'progress'*. Voor het bepalen of er sprake is van inbreuk is, naast het vaststellen van beschermde elementen, ook het bepalen van *"substantial similarity"* vereist. Hiervoor worden verschillende toetsen gehanteerd, zoals de abstractie test en de *"total concept and feel"* test, die we bespraken in de verhandeling over software en videogames in de vorige paragraaf.²⁷⁷

In de wetenschappelijke literatuur komen twee opvattingen naar voren over de vraag of het auteursrecht wel bescherming zou moeten bieden aan televisieformats. In de eerste opvatting wordt bescherming op basis van auteursrecht afgewezen. Bergman draagt argumenten aan dat, vanuit het oogpunt van publiek beleid, Reality TV formats niet onder auteursrechtelijk beschermde uitingen zouden moeten worden geschaard. Hij vergelijkt Reality TV formats met het *"basic hero myth model"*.²⁷⁸ Het eerste argument om Reality TV formats niet te beschermen komt neer op een *chilling effect* op innovatie, wanneer *"the most basic elements of the reality genre"*²⁷⁹ door een monopolie op basis van het auteursrecht uit het publieke domein zouden verdwijnen. Minder vergaande bescherming zou innovatie juist bevorderen.²⁸⁰ Ten tweede zouden formatontwikkelaars minder bevreesd zijn om aangeklaagd te worden voor het gebruik van ideeën, waardoor wederom een obstakel voor innovatie wordt weggenomen.²⁸¹ Als gevolg van de grote kans op claims en rechtszaken wordt opgemerkt dat producers en televisienetwerken zich momenteel beschermen tegen *"unsolicited pitches"* van 'ideeën' om beschuldigingen van inbreuk op auteursrecht te voorkomen.²⁸² Ten derde zou *"the proper subject"* van auteursrechtelijke bescherming bewaakt blijven.²⁸³ Om met Bechtold te spreken:

"In such a market, it may not make sense for a small number of market participants to monopolize the few existing building blocks that everyone utilizes. Such monopolization could lead to an overall decrease in innovative activity. In economic terms, in a market with a limited elasticity of innovation supply, increasing intellectual property protection may not be a wise policy. Providing protection to the generic building blocks upon which the TV format industry builds, without considering the presentation or expression of those elements, could stifle the creative process that has characterized the industry for many years."

²⁷⁵ Bechtold 203, p. 469.

²⁷⁶ Zie clause 8 van Artikel 1, sectie 8, van de Amerikaanse constitutie: *"The Congress shall have Power To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries."*

²⁷⁷ Zie hierover Bergman 2011, p. 248-251.

²⁷⁸ Bergman 2011, p. 259: "all storytelling, by all people, across all cultures, whether it is conscious or not, follows the basic structure of the hero myth. Essentially, authors are constantly retelling the same story in infinite variation. Each story begins with the same elementary idea - a hero on a particular journey - and the author is then responsible for detailing that story to suit his own purpose, thereby creating one of the "thousand faces" of the hero."

²⁷⁹ Bergman 2011, p. 260.

²⁸⁰ Bergman 2011, p. 261-262. Vergelijk wederom clause 8 van Artikel 1, sectie 8, van de Amerikaanse grondwet.

²⁸¹ Bergman 2011, p. 264.

²⁸² Bergman 2011, p. 264.

²⁸³ Bergman 2011, p. 265.

Met andere woorden: Er is een beperkte hoeveelheid 'bouwstenen', die welbekend zijn in de industrie, die de basis vormen voor TV formats. Hier kunnen we ook herhalen wat Von Grafenstein opmerkte in een Europese context: Formatontwerpers erkennen dat auteursrecht niet alleen tot bescherming voor henzelf zal leiden, maar dat deze standaard dan ook voor anderen zal gelden. Dit kan dan mogelijke obstakels met zich meebrengen als het gaat om het ontwikkelen van formats waar vraag naar is en die passen binnen populaire trends.²⁸⁵

In de tweede opvatting wordt juist beargumenteerd dat bescherming wel vereist is. Beschermingsopties kunnen juist zorgen voor *incentives* om te creëren, en daarmee zou innovatie in de formatwereld bevorderd worden. Dit levert dan een voordeel op voor de gehele samenleving, niet slechts voor de makers of bedenkers van formats.²⁸⁶ Een gebrek aan erkenning van "*format submission claims*" door rechtbanken kan het *gentlemen's agreement* dat in de industrie wordt gehanteerd, en toch al vrij zwak is, verder schaden.²⁸⁷ Op het moment dat omroepnetwerken het beste van creatieve producenten zonder beperking kunnen kopiëren, hoeven ze niet te investeren om concurrerend te zijn ten opzichte van de ondernemingen die wel investeren in ontwikkeling en innovatie. Als dit soort gedrag getolereerd wordt door zowel industrie als rechters zal dit *incentives* om te investeren in creatieve ideeën doen opdrogen.²⁸⁸ Aan de andere kant is wel gesteld dat er altijd ontwikkeling van nieuwe formats zal zijn. Ter ondersteuning worden economische argumenten aangevoerd dat "*while the overuse of a format certainly hurts its originator, [...] cost to society is negligible. New formats will always be available, and it will always be cheaper to create another format than to protect an existing one.*" Echter, de vraag die hierbij vervolgens wordt gesteld is wat daarbij de kwaliteit, diversiteit en het niveau van innovatie zal zijn.²⁸⁹ In die zin speelt het belang van de maatschappij als geheel, zoals het de utilitaristische traditie betaamt, een grote rol.

Als auteursrecht een beperkte optie is om formats te beschermen, zal naar andere wegen moeten worden gekeken om de belangen van bedrijven die stoelen op de exploitatie van formats te borgen. Contractuele argumenten liggen het meest voor de hand. Rubin beschrijft dat in "*idea-submission*" zaken theorieën²⁹⁰ zoals *property theories* en *contract and agency theories* (i.e., a) *express contract*; b) *implied-in-fact contract*; c) *breach of confidence*, ontwikkeld door het Californische Supreme Court), soms succesvol zijn ingeroepen tegen het ongeautoriseerde gebruik van ideeën.²⁹¹ Hierbij moet de claim wel verschillen van claims die onder het auteursrecht zouden gelden in verband met de zogenoemde *preemption doctrine*.²⁹² Samengevat zal de oplossing voor onzekerheid en onduidelijkheid omtrent bescherming van formats grotendeels afhangen van contractuele oplossingen of industrie-standaarden en -normen.²⁹³

284 Bechtold 2013, p. 508-509.

285 Zie voor het voorgaande de blogpost Von Grafenstein 2014, waarin hij verwijst naar een groter onderzoeksproject van het Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, 'Circulation of cultural goods'.

286 Rubin 2005, p. 667 en 669; Gottlieb 2010, p. 50.

287 Rubin 2005, p. 667. "*The television industry relies heavily on the process of receiving and exploiting pitched formats. The idea purveyor derives her incentive for innovation from a belief that should the project go forward, she will be included in the production and accordingly share in the revenues. Historically, especially among repeat players, the industry has recognized this understanding.*"

288 Rubin 2005, p. 667, o.a. stellend: "*The idea purveyor derives her incentive for innovation from a belief that should the project go forward, she will be included in the production and accordingly share in the revenues.*" Zie verder op p. 669: "*Without a reliable system of enforcement, acquirers of program ideas have no other choice, from an economic standpoint, but to act opportunistically, reducing incentives for innovation and reducing economic efficiency.*"

289 Gottlieb 2010, p. 50-51, citerend: A. Martino & C. Miskin, 'The Price Is Not Right', New LJ 1991, 141(6508), p. 815. Maar, zie kritisch over Gottlieb's argument Bechtold 2013, p. 507.

290 Ook wel "The Law of Ideas" genoemd, Rubin 2005, p. 669, 678 e.v.

291 Rubin 2005, p. 678-697. Zie ook Bechtold 2013, p. 463-464.

292 Zoals vastgelegd in Section 301 van de US Copyright Act: "(a) On and after January 1, 1978, all legal or equitable rights that are equivalent to any of the exclusive rights within the general scope of copyright (...) are governed exclusively by this title. Thereafter, no person is entitled to any such right or equivalent right in any such work under the common law or statutes of any State."

293 Zie over het laatste Bechtold 2013, p. 480-485.

5.4 CONCLUSIES

De basisfilosofie van het Amerikaanse auteursrecht is gericht op de vooruitgang van kunst en creatie. Volgens de constitutie moeten daartoe bescherming van auteurs met passende rechten en het publiek belang in innovatie tegen elkaar worden afgewogen. Opnieuw geldt dat beide kanten van de medaille – bescherming en gebruik van content – voor innovatieve mediabedrijven van belang zijn.

Voor het gebruik van content van anderen lijkt vooral het concept van *fair use* kansen te bieden: Onder voorwaarden is het gebruik van beschermd content voor bepaalde innovatieve doeleinden geen auteursrechtinbreuk. In recente zaken werd bijvoorbeeld het aanbieden van een ‘snippet’ zoekfunctie in een digitaal corpus van miljoenen boektitels *fair* geacht (in *Authors Guild v. Google*), evenals het gebruik van dat corpus in de context van een voltekst zoekoptie (in *Authors Guild v. HathiTrust*). Deze laatste zaak biedt ook aanknopingspunten voor de toelaatbaarheid van tekst- en datamining. Hoewel zulke fair use-overwinningen de innovatie ondersteunen, is een beroep er op ook onzeker, aangezien de afweging per geval plaatsvindt.

Omgekeerd, wat betreft de bescherming van *assets* van innovatieve mediabedrijven kunnen enkele conclusies getrokken worden. Voor bescherming vereist de Amerikaanse Auteurswet een minimale mate van originele, onafhankelijke creatie. Niet beschermd zijn bijvoorbeeld ideeën, methodes, processen of concepten. Het is dan ook niet verrassend dat de beschermingsvraag in de context van software controversieel is. In het algemeen kan uit rechtspraak en beleid worden afgeleid dat computerprogramma’s auteursrechtelijk beschermde werken *kunnen* zijn, maar dat de bescherming zich niet uitstrekt tot de functionele aspecten van het programma, waaronder interfaces. Zo worden auteurs van innovatieve werken beschermd, terwijl onbeschermd uitingen in het publieke domein blijven. Maar het is niet altijd makkelijk om te bepalen of een onderdeel van een programma ‘functioneel is’, noch of een gelijkenis tussen werken voortkomt uit een gedeeld onderliggend idee, of uit het kopiëren van beschermde uitingen.

In dezelfde lijn geldt voor de bescherming van games dat de verschillende onderdelen, zoals audiovisueel materiaal en de onderliggende computer code, beschermd *kunnen* zijn als audiovisuele, respectievelijk literaire werken. Technisch bepaalde, functionele keuzes zijn echter geen beschermde uitingen. Vanwege de idee/expressie dichotomie bestaat ook hier weer een ‘grijs gebied’ in de beschermingsvraag als gevolg van concepten zoals *merger* (waarbij idee en uiting versmolten zijn) en *scènes à faire* (waarbij een bepaald genre inherent verbonden is aan bepaalde uitingen). Ook de ‘*total look and feel*’ van een game speelt een rol bij de inbreukvraag, maar dit criterium is niet onbetwist. Verder is *cloning* een relevant concept in de context van online games en apps, maar de vraag is of het uitbreiden van juridische bescherming hiertegen wel overeenkomt met de specifieke beschermingsbehoeften in de game sector zelf.

Op basis van het voorgaande lijkt voor de bescherming van digital design, wat tussen software en creatieve content in zit, een meerledig regime van toepassing te kunnen zijn onder het Amerikaanse auteursrecht, gezien het duale karakter wat betreft creativiteit en functionaliteit. Elementen zoals bron- en doelcode kunnen dan literaire werken zijn. Creatieve elementen (denk aan *screen displays*) kwalificeren als audiovisuele werken of *motion pictures* als aanvulling op softwarebescherming, terwijl functionele elementen niet voor bescherming in aanmerking komen. Website content en websites op hun beurt kunnen individuele auteursrechtelijk beschermde werken of verzamelwerken zijn. Qua rechtenverdeling doet zich een specifieke situatie voor bij ‘*works made for hire*’. Geconcludeerd is dat het gunstigste scenario voor innovatieve mediabedrijven is om zelf de rechten te behouden op de ‘achterkant van een dienst’, zodat zij content kunnen hergebruiken voor nadere exploitatie en innovatie. Het uitgangspunt in

de VS is echter dat het initiële auteursrecht bij de werkgever ligt. Gezien de beperkte reikwijdte van de doctrine spelen de contractuele praktijk en de contractsvrijheid een grote rol. Auteurs, waaronder bijvoorbeeld digital designers, genieten in de VS geen extra bescherming onder een specifiek auteurscontractenrecht.

De bescherming van formats voor audiovisuele content in de VS, ten slotte, is eveneens gecompliceerd vanwege het fluïde karakter van deze creatieve uitingen. Terwijl de sector gekenmerkt wordt door een hoge mate van imitatie, wordt de bescherming van formats bepaald door terugkerende concepten zoals de idee/expressie dichotomie en de eerdergenoemde *scènes à fair* en *merger* doctrines. De bescherming van formats is dus onzeker. Uit de analyse blijken twee hoofdpvattingen omtrent de vraag of het auteursrecht TV formats zou *moeten* beschermen. Deze kunnen van toepassing worden geacht op de huidige audiovisuele sector. Tegen bescherming pleit dat innovatie- en creatieve processen kunnen worden geremd doordat basis 'bouwstenen' uit het publieke domein verdwijnen en door de angst om aangeklaagd te worden. Aan de andere kant is onderkend dat bescherming ook voor *incentives* voor creatie en innovatie kan zorgen. Als alternatief voor auteursrechtelijke bescherming zijn in de literatuur wel contractuele argumenten en industrie-standaarden naar voren gebracht, die kunnen worden ingeroepen tegen het ongeautoriseerde gebruik van format-ideeën.

6. INNOVATIEVE MEDIABEDRIJVEN EN AUTEURSRECHT: PRAKTIJK

6.1 INLEIDING

In de eerste hoofdstukken van deze verkenning hebben we uitgebreid stilgestaan bij de actuele dynamiek van innovatie in de mediasector. Digitalisering is daarin leidend. Het is dan ook kenmerkend dat innovatieve mediabedrijven vaak aangeduid worden als digitale mediabedrijven. Het vraagstuk dat in deze studie centraal staat is hoe de auteursrechtregimes in Europa en de Verenigde Staten verschillen, en of en in hoeverre die verschillen, barrières opwerpen voor Nederlandse innovatieve mediabedrijven die in de Verenigde Staten actief willen worden of actief zijn? We hebben eerder vastgesteld dat rechten in de media-industrie een belangrijke bron van waarde kunnen vormen voor mediaondernemingen, maar dat dit verschilt naar gelang het businessmodel van die bedrijven. De gepresenteerde typologie van innovatieve mediabedrijven – mediatech bedrijven, digital design agencies en contentbedrijven – stelt ons in staat dit vraagstuk nauwkeurig te benaderen.

Vervolgens hebben we de belangrijkste verschillen tussen de auteursrechtregimes besproken en historisch herleid naar de verschillende onderliggende tradities. Dat hebben we gedaan door enerzijds te kijken naar de bescherming die de wet- en regelgeving rechteneigenaren biedt en anderzijds te bezien wat de condities en mogelijkheden zijn voor mediabedrijven om gebruik te maken van de werken waarover anderen de rechten bezitten: uitzonderingen op het auteursrecht. Voor elk van de regimes, het Europese en Amerikaanse, hebben we voor drie categorieën producten en diensten de dimensie bescherming-toegang en gebruik, onderzocht: software en games, digital design en televisieformats.

In dit hoofdstuk doen we verslag van de bevindingen van een verkennend en in omvang beperkt onderzoek onder innovatieve mediabedrijven. Daarnaast hebben we een tweetal sectorexperts geconsulteerd, die allebei concrete ervaringen hebben met internationalisering in de media-industrie, binnen een of meerdere type ondernemingen die we hier onderscheiden. De bevindingen die we presenteren geven een eerste indruk van de problematiek en dienen als basis voor verder onderzoek. In het totaal hebben we acht mensen gesproken, waarvan vijf in een face-to-face interview en drie telefonisch. Van de gesprekken zijn samenvattingen gemaakt die als basis dienden voor de analyse. De resultaten daarvan rapporteren we in dit hoofdstuk aan de hand van de belangrijkste thema's die uit de analyse van de interviews resulteerden.

6.2 AUTEURSRECHT, MEDIA-INDUSTRIE EN INNOVATIE

In de voorbije jaren heeft auteursrecht op een bijzondere manier in de discussie over innovatie in de media-industrie gefigureerd. De claim was vaak te horen dat rechten innovatie in de weg staan, of op die wijze worden ingezet, en dat versoepeling van auteursrecht nodig is om nieuwe, innovatieve bedrijvigheid, in het bijzonder binnen de digitale media-industrie mogelijk te maken. Deze lijn van argumenteren is voor een belangrijk deel terug te voeren op de ontwikkelingen in de muziekindustrie van de afgelopen decennia. De gevestigde ondernemingen uit de *'recording industry'* bleken niet bereid, om uiteenlopende redenen, hun bestaande praktijk van hun eigen exploitatie van hun muziekopnames via geluidsdragers op te geven voor een digitaal aanbod, zeker niet wanneer dat door derde partijen wordt verzorgd. Nieuwe bedrijven, die digitale

distributieplatforms wilden starten, moesten de medewerking van de muziekindustrie ontberen, waardoor innovatie werd afgeremd of gefrustreerd. Uiteindelijk is de positie van de toenmalige muziekindustrie niet houdbaar gebleken. Er zijn parallellen met de gedrukte media en de (publieke) omroep, waar exclusief rechteneigendom en exploitatie van diensten en producten geheel of gedeeltelijk in één bedrijfsmatige hand liggen. Momenteel is echter binnen de kringen van innovatieve mediabedrijven geen sprake van het ter discussie stellen van auteursrecht of intellectueel eigendom in het algemeen, vanwege een eventuele rem op innovatie. In paragraaf 6.2.1 en 6.2.2 bespreken we de rol die auteursrecht speelt in de businessmodellen van de drie typen innovatieve mediabedrijven.²⁹⁴

6.2.1 Mediatech Bedrijven en Digital Design Agencies

De betekenis van auteursrecht voor mediatech bedrijven en digital design agencies kent veel overeenkomsten, waarmee we ze in een paragraaf kunnen bespreken, maar is anders dan die voor contentbedrijven. Voor mediatech en digital design agencies gaat het niet (primair) om het beschermen van content of meer in het algemeen, werken op basis van copyright- en auteursrechtwetgeving. De bedrijven waar het hierover gaat zijn creatieve zakelijke dienstverleners, bedrijven uit de creatieve industrie die werken in opdracht van andere bedrijven, uit de creatieve industrie en daarbuiten. Ze werken voor omroepen, audiovisuele productiemaatschappijen, merken en reclamebureaus. Zij mobiliseren talent dat in staat en capabel is om voor een brede waaier van klanten in opdracht, applicaties en ontwerpen te realiseren in ruil voor een vergoeding van de ingezette, gespecialiseerde arbeid op deze opdrachten. Naast deze inkomsten verdient een aantal bedrijven, Mediatech bedrijven en digital design agencies aan licentie-inkomsten voor het gebruik van hun software.

Wanneer deze bedrijven content produceren, zoals in het geval van digital design agencies, is dat specifiek voor opdrachtgevers, met gebruikmaking van content elementen die door de opdrachtgever, een merk of een reclamebureau geleverd worden en uitsluitend bestemd zijn om in de te ontwikkelen diensten en producten gebruikt te worden. Het verschil in businessmodellen tussen deze bedrijven die werken voor opdrachtgevers en bedrijven die content exploiteren op een min of meer open markt, zoals contentproducenten, verklaart de andere rol van auteursrecht of meer in het algemeen, intellectueel eigendom.²⁹⁵

²⁹⁴ Deze inhoud van deze paragraaf overlapt ten dele met die van 2.4.

²⁹⁵ Zie paragraaf 2.4.1 en 2.4.2

De belangrijkste assets van deze bedrijven, naast de inzet van talent, wordt gevormd door de software die ze ontwikkelen in de context van de uitgevoerde *'work for hire'* opdrachten. Het gaat hier bijvoorbeeld om softwaretools (*line of codes*) die het bedrijf voor de toepassing ontwikkelt, maar die dermate generiek is dat zij ook gebruikt kunnen worden voor de ontwikkeling van toepassingen voor nieuwe klanten. Hier spelen rechten op ontwikkelde software, te beschouwen als werken die auteursrechtelijke bescherming kunnen verdienen. Het is voor hen vaak inzet van onderhandelingen met hun klanten c.q. opdrachtgevers of de ontwikkelde software hun eigendom wordt of dat de rechten in handen komen van de opdrachtgevers. Zonder nadere afspraken worden alle rechten automatisch overgedragen, in ieder geval in de Verenigde Staten. Wanneer ze uit onderhandelen dat ze de gebruiksrechten van de ontwikkelde software in eigen hand kunnen houden, wordt deze een van de resources die het bedrijf inzet in volgende opdrachten, om meer kwaliteit te leveren of om efficiënter en dus concurrerder te kunnen werken. Over de vraag of het strategisch van belang is om het eigendom of de ontwikkelde software te claimen lopen de mening uiteen. Sommigen geven aan dat de technologieontwikkeling dermate dynamisch is dat claimen weinig zin heeft. Anderen hechten wel degelijk aan een IP-positie en zetten hun beschermde software in bij nieuwe klanten en brengen in sommige gevallen daarvoor een licentievergoeding in rekening. Een woordvoerder van een van de geconsulteerde bedrijven is daar beslist over:

“Code is van ons. Door de afspraken op papier te zetten proberen we zoveel mogelijk eigen werk voor toekomstig hergebruik te verzekeren. Wanneer de klant rechten op de ontwikkelde code claimt, betekent dit dat je als bedrijf in je ontwikkeling wordt geremd, dat gaat ten koste van je eigen ontwikkeling en innovatie.”

Digital design agencies ontwikkelen naast software, ontwerpen (designs) op basis van content die door hun opdrachtgevers wordt aangereikt, zoals hiervoor werd aangegeven. Het heeft voor het *agency* doorgaans weinig zin rechten op dergelijke ontwerpen te verwerven, omdat ze specifiek en *dedicated* verbonden zijn aan de dienst of het product dat voor de klant wordt geproduceerd. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de *characters*, (specifiek voor de klant ontwikkeld) *stories* en *scripts* en het totale uiteindelijke product. Wel probeert een van de bedrijven in de contracten op te nemen, dat het bedrijf als opdrachtnemer, *designer* en *developer* recht heeft op aanvullende vergoedingen wanneer de klant delen van het ontwikkelde materiaal hergebruikt in de context van een ander product of een andere dienst dan die door het bedrijf is geleverd. Dan immers is er sprake van een hernieuwde exploitatie.

Dat mediatech bedrijven en design agencies zo veel mogelijk code proberen te claimen als onderdeel van hun opdrachten, wil niet zeggen dat ze daar altijd in slagen. Via hun representanten die we spraken geven ze dan ook aan dat hun uitgangspunten niet in ieder contract worden gerealiseerd. Echter wanneer blijkt dat de prijs die de opdrachtgever moet betalen bij het behoud van alle rechten op ontwikkelde technologie aanzienlijk hoger is, volgt er meestal wel een gesprek over de voorwaarden en gaat de klant bewegen. Ook de reputatie van het opdracht nemende mediatech bedrijf of design agency speelt een rol. Een bureau met een voortreffelijke trackrecord en een dito portfolio kan meer binnenhalen in de onderhandelingen. Als eerder gezegd in dit rapport zijn contentbedrijven vaak opdrachtgevers van mediatech bedrijven en digital design agencies. Zo ook een van de contentbedrijven die we spraken voor

deze verkenning. Dit bedrijf claimt zoveel mogelijk rechten als het gaat om applicaties die *tailor made* in opdracht gemaakt worden, wat meestal het geval is. Niet omdat het technologie of applicaties wil gaan uitbaten, maar wel omdat het zeker wil stellen dat de gedane investeringen in mensuren van ontwikkelaars, ten eigen bate komen en niet van anderen. Daarom streeft het in de contracten met opdrachtnemers in principe eeuwigdurend gebruik van de applicaties af.

6.2.2 Contentbedrijven

Contentbedrijven baseren hun businessmodel op het bestaan van auteursrecht. Hun verdien capaciteit stoelt bijna volledig op de exploitatie van creatieve assets gestoeld op het intellectueel eigendom dat daaraan bij wet, internationaal verbonden is. Dat geldt bijvoorbeeld voor Nederlandse audiovisuele (productie)bedrijven die innovatieve formats exploiteren op de wereldmarkt exploiteren. De bescherming van formats op basis van auteursrecht is echter nog geen internationale vanzelfsprekendheid, zoals het vorige hoofdstuk heeft laten zien. Ook waar die bescherming wel in wet- en regelgeving of via jurisprudentie tot stand is gekomen, moeten veel afspraken over voorwaarden en gebruiksrechten contractueel worden vastgelegd, zo komt in de gesprekken naar voren. De zeggenschap over wat er met hun creaties gebeurt stelt contentbedrijven in staat te onderhandelen over het gebruik van hun werken en op te treden tegen inbreuk. Niet alleen met betrekking tot de werken zelf, maar ook in verband met afgeleide producten en diensten, zoals bijvoorbeeld merchandise of andere vormen van exploitatie. Dit alles geldt ook voor contentbedrijven die kant en klare producties exploiteren op de internationale audiovisuele markt. Verschillen in lokale wet- en regelgeving kunnen zakelijk verkeer compliceren met gevolgen voor de juridische systemen en zakelijke culturen van landen en continenten. Complexiteit wordt bovendien verhoogd door de groeiende rol van nieuwe exploitatievormen voor audiovisuele producties, onder meer via on-demand platformen.

Auteursrecht betekent tegelijkertijd dat contentbedrijven aan regels gebonden zijn voor het gebruik van andermans werken of delen daarvan. Tijdens de gesprekken met representanten van bedrijven en experts kwamen meerdere voorbeelden ter tafel van gebruik van werken van derden in de context van producten en diensten van de Nederlandse contentbedrijven. Voor het gebruik van muziek in een format van een Nederlands mediabedrijf sluit deze onderneming overeenkomsten met rechthebbenden, zowel in Europa als de Verenigde Staten. Een ander geval van gebruik van beschermde content van derden door een Nederlands bedrijf is een documentaire waarin andermans werkt is gebruikt en waarin een beroep gedaan wordt op een uitzondering op het auteursrecht (in Europese zin): citaatrecht. Bij internationale exploitatie binnen Europa doet zich het probleem dat deze uitzondering op het auteursrecht niet in alle landen op dezelfde wijze wordt geïnterpreteerd, wat onzekerheid veroorzaakt, complexiteit introduceert en tot meer kosten leidt. Voor exploitatie in de Verenigde Staten moet onderzocht worden of het op deze wijze citeren van andermans werk in de context van de documentaire tot *fair use* gerekend kan worden.

6.3 INTERNATIONALISEREN OM TE GROEIEN

In hoofdstuk 2 van deze verkenning kwam al naar voren dat de markten waarop de verschillende typen innovatieve mediabedrijven actief zijn steeds internationaler worden. Onder invloed van digitalisering en globale connectiviteit is concurrentievoordeel van bedrijven op basis van technologische voorsprong snel schaalbaar. We sneden hiervoor al aan dat Nederlandse mediabedrijven relatief sterk zijn op het terrein van mediatechnologie omdat technologische facilitering traditioneel een relatief groot deel van budgetten van Nederlandse mediaproducties uitmaakt omdat de kosten van creatief talent in vergelijking met bijvoorbeeld de Verenigde Staten relatief laag zijn. Technologische efficiency betaalt zich snel en zwaar uit, wat een extra stimulans voor innovatie betekent.²⁹⁶ Die voorsprong wordt nu onder andere door mediatech bedrijven en digital design agencies benut. Voor de contentbedrijven geldt dat Nederlandse bedrijven een sterke positie hebben op de markt van televisieformats, onder meer omdat binnen Nederland al vrij voeg een onafhankelijk productiesector is ontstaan.

Verschillende bedrijven die we spraken geven aan op verschillende buitenlandse markten actief te zijn, in Europa, in de Verenigde Staten en maar ook in Latijns-Amerika. Een van de bedrijven is niet direct in de Verenigde Staten actief maar werkt als onderaannemer van een ander bedrijf dat actief is in de Verenigde Staten en beschikt over vele, goede klantcontacten. Een van de geïnterviewden geeft aan te hebben ervaren dat bij het openen van een Amerikaanse vestiging van een Nederlands bedrijf, hubs van oud-Nederlanders in de Verenigde Staten van grote waarde kunnen zijn. Zij kunnen als liaison en intermediair optreden om je wegwijs te maken, bijvoorbeeld over de wijze waarop de Amerikaanse sales tax werkt, heel anders dan onze btw. De noodzaak van dit soort hubs groeit met de toename van zakelijke complexiteit.

De belangrijkste drijfveer om te internationaliseren is groei. De Nederlandse markt is onvoldoende groot om de gewenste groei, met het oog op de noodzakelijke investeringen in innovatie en concurrentiekracht, te accommoderen. Tegelijkertijd is er een internationale markt waarvoor de Nederlandse bedrijven de kwaliteit en de diensten kunnen leveren. In het bijzonder de Amerikaanse markt biedt expansiemogelijkheden. Dat wordt geïllustreerd door een van de belangrijkste spelers op de internationale mediamarkt: Talpa. Het bedrijf is rechtenhouder van het format van The Voice. De onderneming is niet de producent van The Voice USA, maar is wel verantwoordelijk voor de exploitatie van de Amerikaanse uitzending ('de tape') van The Voice USA buiten Amerika. Het Amerikaanse programma wordt uitgezonden in meer dan honderdveertig landen. Het format van The Voice wordt door Talpa in een groot aantal landen geëxploiteerd.

Binnen de content bedrijven zijn verschillende manieren om te internationaliseren. Voor de kleinere audiovisuele productiebedrijven kan dat lopen via coproducties met bedrijven en organisaties in andere Europese landen. Dat is een bijzondere manier van werken die een aparte expertise vereist. Een goed netwerk is daarbij een voorwaarde. Voor de productie van films, documentaires en animatie zijn makers en producenten vaak aangewezen op publiek gefinancierde cultuurfondsen. Meestal zijn die nationale fondsen vooral bereid om producenten afkomstig en in hoofdzaak gevestigd in eigen land te ondersteunen.²⁹⁷ Ze geven zelden steun aan productiebedrijven die een dependance in een ander land openen, in weerwil van de Europese binnenmarkt. In de praktijk worden vooral nationale producenten ondersteund. Daarom is het als nationaal bedrijf weinig zinvol om zich te vestigen in een ander land. Coproductie met partners in het buitenland is efficiënter en effectiever. Naast publieke financiering kan productiegeld op

²⁹⁶ Zie paragraaf 2.1.

²⁹⁷ Zie ook: <https://dutchmediainnovators.com/grants-events-awards-in-the-us>

andere manieren opgehaald worden, behalve bij omroepen of mediabedrijven, ook bij andere partijen die belang hebben bij de productie, tot en met ngo's als bijvoorbeeld Amnesty International. Producenten zijn bedreven om zowel het culturele belang, relevant voor financiering door cultuurfondsen, het publieke belang met het oog op ngo's als het commerciële belang, met het oog op te realiseren publieksoptredens, in het oog te houden. Producenten beschikken zelf doorgaans niet over investeringskapitaal.

Ook voor kleine contentbedrijven is de Verenigde Staten als markt aantrekkelijk. Een van hen probeert daar momenteel voet aan de grond te krijgen. Om van een succes te kunnen spreken is nog wel een paar jaar doorontwikkeling nodig. Strategisch doel van de pogingen in Amerika is, net als bij andere innovatieve mediabedrijven, de verbreding van de basis, om niet louter van de Europese markt afhankelijk te zijn. Het bedrijf tracht partijen als CBS, Amazon, Netflix en CNN te interesseren voor haar producties. Het is belangrijk om nog beter in de vingers te krijgen hoe het spel in de VS gespeeld wordt, ook de juridische, auteursrechtelijke aspecten daarvan. Opvallend daarbij is dat, volgens een van de gesprekspartners producenten zoals we die in Europa kennen, nauwelijks voorkomen. Producenten zijn een typisch Europees verschijnsel. Die zijn onbekend in de Verenigde Staten. Daar staat het talent veel meer centraal, in het bijzonder bekende regisseurs en beroemde acteurs en actrices. Wanneer zij perspectief zien in een script of scenario zijn zij degenen die een studio benaderen die vervolgens de film gaat financieren en produceren. Investerings worden gedaan door de studio's en komen niet tot stand door partijen die vanuit verschillende bronnen productiebudget bij elkaar brengen, zoals in Europa.

6.4 AUTEURSRECHTREGIMES IN EUROPA EN DE VERENIGDE STATEN

In de introductie van dit hoofdstuk gaven we aan dat de geïnterviewde woordvoerders van de verschillende mediabedrijven, net als de experts die we spraken, niet van oordeel zijn dat het auteursrecht of de wet- en regelgeving daaromtrent innovatie frustreert. Een soortgelijk oordeel geldt voor de verschillen tussen de auteursregimes in de Verenigde Staten en Europa. Er komt niet naar voren dat de wet- en regelgeving op het ene continent meer dan op het andere, een specifiek positieve of negatieve uitwerking heeft op de mate waarin innovatie in de media-industrie mogelijk is of wordt. De verschillen tussen beide regimes zijn weliswaar merkbaar, maar resulteren niet in een duidelijk oordeel van de geïnterviewden, in de zin dat wet- en regelgeving in de ene situatie innovatie meer bevordert dan in de andere. Op beide continenten geldt het tweezijdige belang van auteursrecht met aan de ene kant de geboden bescherming van het eigen werk en aan de andere kant de regulering van de condities voor het gebruik van de rechten van anderen. Die zijn gebaseerd op een lijst van uitzonderingen op het recht (Europa) of de open norm van fair use (Verenigde Staten), dan wel worden ze bezegeld door contracten waarin onder andere de financiële condities waaronder werken van derden gebruikt kunnen en mogen worden, zijn vastgelegd. In beide gevallen legt het auteursrecht en de bescherming ervan de basis voor het exploiteren van werken in de brede zin van het woord, inclusief software, games en in de meeste gevallen uiteindelijk ook voor televisieformats.

Wel is het duidelijk dat er sprake is van verschillende fundamenteën waarin beide systemen wortelen, die nog steeds doorwerken in de auteursrechtpraktijk van alledag. Een geïnterviewde legt het als volgt uit:

“Een duidelijk verschil is dat in de wetgeving in Europa veel meer de maker centraal staat en in de Verenigde Staten het bedrijf dat verantwoordelijk is voor de productie. ‘Cash is King’ in de States. Daardoor ligt er veel meer nadruk op de inhoud van contracten. In Europa of Nederland worden soms dingen nog vastgelegd in een mailtje of op een bierviltje. Dat is in de States ondenkbaar. Door digitalisering zijn de zaken bovendien enorm gecompliceerd. Het speelveld is veranderd.”

In dit citaat ligt de kern van de verschillen die de geïnterviewden signaleren tussen de situatie in Europa en de Verenigde Staten. De relevante verschillen zitten veel meer in de juridische cultuur en de wijze waarop exploitatie van rechten in de praktijk door betrokken partijen wordt aangepakt, dan dat vanuit de essentie van wet- en regelgeving in de Verenigde Staten of Europa barrières voor innovatie worden opgeworpen. Juist in de verschillen in de wijze van onderhandelen en vastleggen die daarin gebruikelijk zijn, zien de geïnterviewden grote verschillen tussen de Verenigde Staten en Europa.

6.4.1 Complexiteit en Hoge Juridische Kosten in de Verenigde Staten

Sterker nog dan in Europa wordt in de Verenigde Staten gehandeld vanuit het belang van rechten in economisch opzicht, terwijl het in de Europese praktijk veel sterker draait om de auteur en de maker. Daarnaast zijn de verschillen tussen de rechtspraktijk in de Verenigde Staten en Europa terug te voeren op de omvang van zakelijke belangen in de media- en entertainmentindustrie die in Amerika vele malen groter zijn dan in Europa, zeker geredeneerd vanuit de verschillende nationale contexten die Europa kent. Voorts kent Europa sterkere en bindende collectieve regelingen als het gaat om het beheren, licenseren en incasseren van rechten door zogenaamde collecting societies. Tenslotte geldt dat de brede maatschappelijke context in de Verenigde Staten, die verder rijkt dan het domein van intellectueel eigendom, zeer sterk gejuridificeerd is; er is sprake van een claimcultuur. Die legt een sterke wissel op de arrangementen omtrent rechten en eigendom van werken en de risico's die daarbij komen kijken, in het bijzonder met het oog op mogelijke inbreuk.

296 Zie paragraaf 2.1.

297 Zie ook: <https://dutchmediainnovators.com/grants-events-awards-in-the-us>

Bovendien heeft digitalisering de mediapraktijk complexer is geworden. De verschillende soorten exploitatie van werken en rechten is in aantal toegenomen. Naast open net televisie zijn *pay-per-view* en abonneetelevisie de bekendste. Met de komst van nieuwe abonneetelevisieplatforms als Netflix komt er een nieuwe dimensie bij. Dat geldt ook voor het eerder al gelanceerde YouTube. Die zorgen voor nieuwe verhoudingen, ook door de verdere verknoping van content en data. Nu ook gegenereerde data als *asset* in de media-industrie een belangrijke rol voor zich opeisen, worden de businessmodellen complexer. Voor wat betreft de Verenigde Staten tellen die factoren op bij de relatief grote, bestaande complexiteit die de situatie daar al kenmerkte, in vergelijking met Europa.

Controle en Angst

Een van de geïnterviewde representanten met uitgebreide juridische internationale ervaring geeft aan dat de business cultuur in de Verenigde Staten heel erg draait om het houden van controle, met het oog op concurrentie, maar ook om angst ingegeven door de claimcultuur. Het is de gewoonte om alles contractueel te regelen en vast te leggen. Daarom bedragen de juridische kosten voor mediaonderneming in de Verenigde Staten een veelvoud van wat in Nederland gebruikelijk is voor dezelfde soort arrangementen. Binnen Europa worden vaak afspraken gemaakt op basis van een A4 of een e-mail, ook tussen bedrijven. Dat is in de Verenigde Staten ondenkbaar. De neiging om volstrekte controle te houden heeft volgens deze woordvoerder ook te maken met angst.

“Men is ‘overall bang voor’, bijvoorbeeld voor juridische claims waarbij derden rechten claimen waarvan exploitanten vooronderstellen of zelfs weten dat die bij hen liggen. De Amerikaanse zakenwereld heeft zich als het ware begraven in dat systeem. Het gevaar bestaat zelfs dat bedrijven een faillissement ingesleurd worden op basis van claims. Omdat juristen opereren in een ‘no cure no pay’ systeem worden er vaak zaken aangespannen die gebaseerd zijn op in Europese ogen onzinnige argumenten, en die ook vaak grond missen.”

Veel zaken worden gesetteld omdat bedrijven geen zin hebben in hoge juridische kosten om zich te verdedigen en niet te lang met juridische onzekerheid willen leven. Dat werkt de claimcultuur in de hand.

Een representant van een digitaal ontwerp bureau geeft aan dat het afsluiten van contracten en de procedures, afspraken en gesprekken die daarbij komen kijken, in vergelijking met Europa complex en tijdrovend zijn. Zakelijke overeenkomsten gaan vergezeld van complete boekwerken die tal van *guidelines* voor de opdrachtnemer bevatten. Als reactie daarop zijn verzekeringen inmiddels bijzonder belangrijk. Daarbij komt dat het voor niet-Amerikaanse bedrijven in de huidige tijd moeilijker is om lokale polissen af te sluiten.

“Onder invloed van de golf van economisch protectionisme onder Donald Trump komt het steeds vaker voor dat banken en verzekeraars de deur potdicht houden. Dat is een probleem. Je kan vaak niet eens een bankrekening openen bij een lokale bank. Je moet daarvoor je toevlucht zoeken tot de grote banken.”

Media-aansprakelijkheid (*media liability*) is een belangrijke kwestie in de Verenigde Staten. In het bijzonder wanneer je werkt voor de kindermarkt is men uitermate voorzichtig. Dat geldt ook voor *cybersecurity*, in het bijzonder voor de mediatech bedrijven. Wat er met gegenereerde data gebeurt, is een ander belangrijk element van de afspraken die je maakt. Al deze dingen zorgen voor enorme overhead op de deals die gesloten worden. Ook geeft deze woordvoerder aan dat Amerikaanse klanten doorgaans minder snel met de leveringsvoorwaarden van het Nederlandse bedrijf akkoord gaan dan Europese. Wellicht is dat terug te voeren op de omvang van de Amerikaanse klantbedrijven die doorgaans groter zijn dan de Europese.

Een van de geïnterviewde experts spreekt in dit verband van indirecte barrières voor het zaken doen in de Verenigde Staten, als gevolg van de verschillen in rechtenregimes tussen Europa en de Verenigde Staten. De bedragen die een onderneming in de Verenigde Staten moet betalen voor juridische bijstand zijn sowieso hoger dan in Europa. Daarbij komt, zoals hiervoor al aangegeven, dat de juridische complexiteit toeneemt, waardoor de juridische kosten de hoogte in worden gejaagd.

“In de Verenigde Staten is de zakenwereld, in het bijzonder de media-industrie, sterk gejuridificeerd. Daarom zijn de contracten in de States zo dik en zijn bijgevolg de kosten voor legal support, in vergelijking met Europa, torenhoog.”

Clearen van Muziekrechten

Een contentbedrijf maakt in een van haar succesrijke formats voor programma's die ook in de Verenigde Staten wordt uitgezonden, gebruik van muziek waarvoor de rechten ter plekke *gecleared* moeten worden. Kandidaten vertolken composities van auteurs en tekstdichters die eerder door gerenommeerde artiesten tot een hit zijn gemaakt, in ieder geval in het land waarvoor het programma wordt geproduceerd, maar vaak ook wereldwijd. Voor de productie moeten de gebruiksrechten geregeld worden bij muziekuitgevers, zodat componist, auteur en uitgever gecompenseerd worden. In Europa kennen we het systeem van raamlicenties of blank licenses door collectieve rechtenorganisaties, zoals Buma, die op internationale schaal samenwerken in een systeem van *collecting societies* met andere *societies* zoals GEMA en SABAM. Het clearen van rechten is daarmee relatief eenvoudig omdat een *collecting society* op de thuismarkt de rechten vertegenwoordigt van alle internationale muziekuitgevers, componisten en tekstdichters, wereldwijd, enkele uitzonderingen daargelaten. Zo niet in de Verenigde Staten. In het format spelen doorgaans zestien liedjes een belangrijke rol. Voor elk van deze zestien worden aparte deals afgesloten, die apart onderhandeld moeten worden. Wanneer meerdere auteurs en

296 Zie paragraaf 2.1.

297 Zie ook: <https://dutchmediainnovators.com/grants-events-awards-in-the-us>

tekstdichters rechthebbenden zijn, moet er met meerdere uitgevers onderhandeld worden, die een deel van de rechten in beheer hebben. De muziekrechten en het proces om contracten af te sluiten vormen een van de belangrijkste kostenposten op het productiebudget van het programma. Bovendien moet er flink voor de rechten betaald worden, zeker in vergelijking met Europa. Een Amerikaans bedrijf dat gespecialiseerd is in het *clearen* van rechten bij muzikuitgevers werkt bijna exclusief voor de producent van dit programma. Een recent ontwikkelde categorie programma's draait om dans en muziek. Die zijn bijzonder succesvol. Voor choreografie geldt ook dat er sprake kan zijn van rechten, waar het bijvoorbeeld gaat om iconische fragmenten uit de dans- en filmgeschiedenis. De complexiteit van het regelen van rechten voor het gebruik van auteursrechtelijk materiaal anders dan muziek, kent een vergelijkbare complexiteit als het *clearen* van muziekrechten, zo stelt de woordvoerder van deze onderneming.

Patenteren van Technologie

Een andere belangrijke kwestie geldt voor bedrijven die businessmodellen hanteren waarvan technologie of technologische kennis een belangrijke basis vormen. Zij zien zich binnen de Amerikaanse context gesteld voor een belangrijk dilemma. De vraag is of mediatech bedrijven of digital design agencies die bepaalde technologie ontwikkeld hebben,²⁹⁸ die creatie moeten registreren en het eigendom daarvan moeten claimen, of daarvan moeten afzien vanwege de niet onaanzienlijke kosten of vanwege een mogelijk niet bewezen nut daarvan. Dat laatste wordt beargumenteerd door sommige partijen in de markt, met verwijzing naar het feit dat de technologie zo dynamisch is dat ze na vastlegging alweer verouderd is. Daar komt dat Nederlandse bedrijven ontwikkeld zijn binnen een Europese context waar patenten minder gebruikelijk zijn dan in de Verenigde Staten, zoals een geïnterviewde aangeeft.

Een van de geïnterviewde experts geeft aan dat het patenteren van software of technologie in de Amerikaanse media-industrie van vandaag niet zozeer nodig is vanwege mogelijke concurrenten die met de kennis aan de haal kunnen gaan, wanneer die niet is geclaimd. Het gaat vooral om de eis die opdrachtgevers van bijvoorbeeld mediatech bedrijven of in mindere mate digital design agencies soms stellen aan de technologie en de kennis die door hun opdrachtnemers wordt gebruikt. Omdat ze onderdeel wordt van de primaire processen van het opdracht gevende mediabedrijf, eisen opdrachtgevers meer dan eens dat die technologie bewezen eigendom is van de opdracht nemende onderneming, bijvoorbeeld een Nederlandse mediatech bedrijf. Veel Amerikaanse klanten eisen dat toeleveranciers met gepatenteerde technologie werken omdat zij anders te kwetsbaar zijn met het oog op mogelijke beschuldigingen van inbreuk op patenten. Zij willen niet het risico lopen dat er een partij als Cisco of Samsung aan de deur klopt en claimt dat de technologie aan hen toebehoort.

Er is een voorbeeld van een Nederlands bedrijf dat een applicatie kom bouwen die een grote klant nodig had in de exploitatie van zijn mediadiensten. Het Nederlandse bedrijf stuitte op het probleem dat het de technologie die het wenste in te zetten, niet gepatenteerd had. Echter het vastleggen van nieuwe applicaties is een tijdrovende en kostbare zaak, die moeilijk op te brengen is voor kleinere bedrijven. De kosten bleken ook voor dit bedrijf in die fase van haar ontwikkeling een struikelblok. Een Nederlandse mediatech bedrijf kiest er echter voor om de kosten voor juridische ondersteuning niet te dragen en het als een bedrijfsrisico te accepteren. Resultaat kan zijn dat bepaalde deals niet tot stand komen, en wanneer die wel gesloten wordt, er een rechtszaak waarin inbreuk wordt geclaimd, complicaties en schade ontstaat. Bovendien, zo is het argument, gaat het in deze markt vaak om dynamische applicaties die voortdurend worden aangepast en vernieuwd op basis van nieuwe ontwikkelingen in technologische mogelijkheden en klantenwensen. Intellectueel eigendom claimen is dan problematisch, zo geeft een van de gesprekspartners aan.

6.4.2 Ervaringen met Auteursrecht in Europa

In de interviews die we in het kader van dit onderzoek hebben afgenomen zijn hebben onze gesprekspartners ook ervaringen in de context van het Europese auteursrecht met ons gedeeld. Daarop willen we aan het eind van dit hoofdstuk nog kort teruggrijpen. Het eerste geval geeft aan dat er van harmonisatie van het auteursrecht in Europa nog niet betekent dat er sprake is van een geharmoniseerde praktijk. De tweede ervaring wijst op tekenen van juridificering het auteursrechtelijke klimaat in Europa, in navolging van de Verenigde Staten.

In paragraaf 4.1 van deze studie hebben we al gesteld dat er geen sprake is van een Europese auteurswet en dat er eerder gesproken zou moeten worden van een Europees kader dat geëffectueerd wordt doordat de Europese regels en richtlijnen, die door de EU zijn uitgevaardigd, door lidstaten in hun nationale auteurswetten geïmplementeerd worden. Dat betekent dat op een aantal punten harmonisatie binnen Europa wordt bereikt. Daar komt echter bij dat de Europese regels, zowel wat betreft bescherming als beperkingen en uitzonderingen, worden uitgelegd door een Europese rechter, als daar aanleiding voor is. Een geïnterviewde representant van een contentbedrijf verwoordt de ervaringen met een audiovisueel werk, een documentaire, dat zijn bedrijf op verschillende Europese markten tracht te exploiteren en waarin geciteerd wordt uit andere audiovisuele werken, gebaseerd op het citaatrecht, een van de Europese uitzonderingen op het auteursrecht. Voor release in Nederland vereist de potentiële afnemer, doorgaans een omroep, een juridische check waarin wordt nagegaan of het beroep op citaatrecht standhoudt, bij een eventuele zaak in verband met een mogelijke claim in verband met inbreuk. Wanneer in Nederland groen licht is verkregen, waarmee de documentaire aangeboden kan worden aan omroepen en vertoners in Nederland, bestaat de verwachting bij de producent dat er sprake is van een geldige garantie voor exploitatie binnen de Europese Unie, althans in de ogen van mogelijke, buitenlandse afnemers. De ervaring is dat zulks niet het geval is. Omroepen in de afzonderlijke Europese markten eisen wederom een check door lokale advocaten op de toepasbaarheid van hetzelfde citaatrechtsprincipe. Dat is bijvoorbeeld een eis van een Duitse publieke omroep. In Frankrijk zijn gelijksoortige ervaringen opgedaan, omdat de afnemers bang zijn dat de interpretatie van citaatrecht binnen het audiovisuele domein cultuurafhankelijk is. Men is bang voor claims en eist van de producent en rechthebbende dat hij iedere keer opnieuw een toets laat uitvoeren. Dat betekent een enorme kostenpost voor de producent en een barrière van de exploitatie van audiovisuele werken op de Europese binnenmarkt. Harmonisatie is wellicht op sommige punten gerealiseerd maar is in de ogen van dit bedrijf van weinig waarde, als de praktijk zich anders gedraagt. Op basis van die ervaringen komt deze gesprekspartner tot de conclusie dat een harmoniserend auteursrechtssysteem binnen de Europese Unie, dat een gunstig klimaat zou moeten creëren voor de benutting van de Europese binnenmarkt, nog ver verwijderd is. Voor exploitatie op de Amerikaanse markt is wederom een check nodig of de citaten in de documentaire vallen onder het fair use principe, dat geldt binnen de Amerikaanse auteursrechtpraktijk.

Een alternatief voor een beroep op citaatrecht zou het *clearen* van de rechten zijn op het materiaal van derden dat gebruikt wordt, en de oorspronkelijke rechthebbende daarvoor compenseren. Daar doen zich echter ook complicaties voor, vooral als de ambitie bestaat om de internationale markt te betreden met een dergelijke productie. Het is doorgaans onmogelijk om voor een periode langer dan tien jaar het gebruiksrecht te verweven op fragmenten waarvan de rechten bij derden liggen. Dat wordt zelden tot nooit gedaan. Voor de exploitatie van de productie via een agent op een of meerdere buitenlandse markten is het gebruikelijk om de rechten op die productie aan te bieden voor een minimale periode van vijftien jaar. Een kortere periode verkleint de kansen op succesvolle exploitatie aanzienlijk.

“Daarmee zit je juridisch met een gat van vijf jaar waarin je in het lichtledige van juridische onzekerheid opereert. Je wil graag een schoon product leveren. Soms dwingt de praktijk je om risico's te nemen.”

In de vorige paragraaf is aangegeven dat de Amerikaanse media- en entertainmentindustrie bijzonder op haar hoede is voor claims. Er is volgens sommige van onze respondenten ook in Europa steeds meer sprake van vrijwel ongefundeerde claims waarin gesteld wordt dat er inbreuk is gemaakt op auteursrecht. Dat komt veelvuldig voor in de markt voor televisieformats.²⁹⁹ De wetgeving en jurisdictie op dat terrein is nog in ontwikkeling.³⁰⁰ Daarmee wordt vaak gegokt op een regeling om de gang naar de rechter te voorkomen, omdat de aangeklaagde partij het werk en de kosten die ermee gemoeid zijn wil ontlopen. Ook schromen partijen niet, ondersteund door ‘no cure, no pay’ advocaten, de gang naar de rechter wel te maken. Dat is een illustratie van de ontwikkeling, ook in Europa, van de juridificering van het auteursrechtelijke klimaat mogelijk richting een claimcultuur in Europa, in navolging van de Verenigde Staten.

6.4 AUTEURSRECHTREGIMES IN EUROPA EN DE VERENIGDE STATEN

Uit de ervaringen die de innovatieve bedrijven uit de doeken doen in de gehouden interviews en die we gerapporteerd hebben in dit hoofdstuk, blijkt niet dat het auteursrecht als zodanig innovatie belemmert. Bedrijven zien juist het belang van het auteursrecht voor de bescherming van hun bronnen van waarde. Waarde die zij zelf ontwikkelen door de inzet van creativiteit en mensen, of die anderen tot stand hebben gebracht op basis van hun inspanningen. Daarbij erkennen ze, wanneer ze gebruikmaken van werken van derden, ook het auteursrecht van anderen. Het auteursrecht werpt niet als zodanig barrières op voor zaken doen of innovatie. Het maakt het in de meeste gevallen juist mogelijk. Hinderpalen ontstaan vooral door de wijze waarop zaken doen in de media-industrie bevordert of belemmert wordt door de juridische cultuur en praktijk die gestoeld is op de wet- en regelgeving. Deze cultuur en praktijk vormt de context voor media-ondernemerschap en verschilt aanzienlijk in de Verenigde Staten en Europa.

Van de drie onderscheiden typen ondernemingen komt de rol en betekenis van auteursrecht voor mediatechbedrijven en digital design agencies grotendeels overeen. Zij werken doorgaans in opdrachtsituaties waarbij ze diensten en producten ontwikkelen voor klanten. Ze gebruiken daarvoor software die ze zelf ontwikkelen of eerder ontwikkeld hebben, software die eigendom is van derden en waarvoor een vergoeding betaald wordt en open source software. De content die eventueel onderdeel wordt van de geleverde dienst, is eigendom van de opdrachtgever of is door hem of haar gecleared. Het grootste auteursrechtelijke belang dat mediatech bedrijven en digital design agencies hebben, is de mogelijkheid om te voorkomen dat ze alle rechten op de binnen de opdracht ontwikkelde software moeten overdragen aan de klant. Dat is in ieder geval in de Verenigde Staten de standaardsituatie in een ‘work for hire’ model.

Echter, de mogelijkheid tot hergebruik in andere contexten maakt deze bedrijven innovatiever, efficiënter en bovenal meer concurrerend. Wanneer hergebruik onmogelijk wordt gaat dat ten koste van hun technologiepositie, de mate waarin ze over technologische kennis en mogelijkheden beschikken, en hun innovatievermogen. Hergebruik en het behoud van rechten op deze software kan bovendien van belang zijn voor sommige bedrijven vanwege de mogelijkheid om de ontwikkelde software te gelde te maken. Dit gebeurt dan bijvoorbeeld door aan klanten, bij gebruik van hun software in een dienst of een product, een gebruiksvergoeding in rekening brengen. Voorts kunnen digital design agencies claimen dat ze voor hergebruik van bepaalde

ontwerpen door hun klanten, merken of contentbedrijven, in een andere context dan waarvoor het ontwerp is gemaakt, een recht op vergoeding hebben. Of die claim werkelijkheid wordt, hangt af van de onderhandelingen die ze met hun opdrachtgevers voeren.

Contentbedrijven baseren hun business model op audiovisuele producten of formats. Ze exploiteren producten of dienstenconcepten die daarom direct om bescherming vragen. Zoals gezien, roept auteursrechtelijke bescherming van concepten of formats echter de nodige controverse op, zowel in Europese als Amerikaanse context. Hoe dan ook, de veronderstelling bestaat dat bescherming zou bijdragen in het omzetten van creatieve kracht in bronnen van waarde, om die vervolgens te exploiteren op de internationale markt. Tegelijkertijd zijn deze bedrijven in veel gevallen zelf gebruiker van werken van derden, waarvoor ze overeenkomsten met derde partijen of hun vertegenwoordigers dienen af te sluiten of waarvoor ze een beroep kunnen doen op één van de uitzonderingen op het auteursrecht (in de Europese context) of op het fair use principe (in de Amerikaanse context). Waar het auteursrecht enerzijds van belang is voor contentbedrijven, is het anderzijds ook een kostenpost en een bron van complexiteit. Dat geldt wanneer ze worden geconfronteerd met claims van derden die aanvoeren dat hun auteursrecht geschonden wordt omdat producties of formats die op de markt worden aangeboden een gehele of gedeeltelijke kopie zijn van werken waarop zij een recht doen gelden. Dit soort zaken speelt met enige regelmaat in de context van ondernemingen die actief zijn in televisie- en andersoortige formatmarkten. Ongetwijfeld spelen de moeilijkheden rond auteursrechtelijke bescherming van formats – vanwege de idee/expressie dichotomie – hierbij een grote rol.

Media-ondernemers geven aan dat ze verschillen ervaren tussen het Amerikaanse en het Europese auteursrechtstelsel. Ze herkennen bijvoorbeeld de verschillende grondslagen van beide systemen: de utilitaristische grondslag in de Verenigde Staten en het persoonlijkheidsrecht of 'droit d'auteur' op het Europese continent. Het is vanuit die traditie verklaarbaar dat de wereld van het intellectueel eigendom in de Verenigde Staten aanzienlijk meer verzakelijkt is dan in Europa. De ondernemers en experts die we spraken onderstrepen dat. Zo schetsen ze een complex beeld van het gebruik van beschermd materiaal van derden voor en in hun eigen producten en diensten. De complexiteit daarvan zou aanzienlijk groter zijn in de Verenigde Staten, al roept het op Europees niveau ook vragen op.

Voor de Verenigde Staten geldt vooral dat het aangaan van contractuele afspraken, waarin geregeld wordt dat voor gebruik van materiaal van derden wordt betaald, vaak bijzonder complex zijn. Die complexiteit vergt veel inspanningen van partijen en zorgt voor hoge kosten. De geconsulteerde bedrijven en experts voeren deze praktijk terug op de historische basis van het Amerikaanse auteursrecht. De nadruk op het maatschappelijke nut in de Amerikaanse wetgeving is steeds meer in het licht komen te staan van het commerciële belang van het auteursrecht. In de praktijk resulteert dat in omvangrijke contracten en complexe procedures die tijdrovend en kostbaar zijn. Daarbij gaat het om het vastleggen van de rechten en plichten die gelden onder de overeenkomst, maar ook om het zoveel mogelijk uitsluiten van risico's van claims van derden. In de Verenigde Staten zijn juridische claims, ook in de media- en entertainmentindustrie, aan de orde van de dag. Dat leidt ertoe dat belangrijke afnemers in de Amerikaanse media-industrie zich zo veel als mogelijk gevrijwaard willen voelen van juridische risico's en dat invullen met gedetailleerde afspraken en contracten. In Europa wordt de behoefte aan detaillering en juridische dekking doorgaans veel minder gevoeld. Dat maakt zaken doen voor innovatieve mediabedrijven in de Verenigde Staten complex en kostbaar, juist omdat de hoeveelheid noodzakelijke juridische ondersteuning een veelvoud is van wat in Europa gebruikelijk is en wat ze gewend zijn. In dat opzicht werkt de juridische cultuur, waar angst vaak de grondslag voor

handelen is, en het zoeken naar maximale zekerheid de norm, in het nadeel van de slag- en innovatiekracht van innovatieve mediabedrijven in hun rol van leveranciers van diensten en producten.

We hebben bijvoorbeeld vastgesteld dat meerdere partijen die diensten afnemen van mediatech bedrijven of digital design agencies van hun leveranciers eisen dat ze aantonen alle rechten op de gebruikte software te bezitten. Dit dient te geschieden in de vorm van een juridisch gestaafde onderbouwing die voldoende zekerheid geeft dat ze als afnemer en gebruiker van de geleverde diensten of producten geen claims in verband met inbreuk kunnen verwachten. Het gaat daarbij niet om het zeker stellen van rechten voor toekomstig hergebruik, maar om de bescherming van klanten tegen mogelijke, toekomstige claims van derde partijen. Ook contentbedrijven kunnen met dit soort eisen te maken krijgen, wanneer er sprake is van gebruik van werken van derden, bijvoorbeeld in een audiovisuele productie. Zoals gezegd, speelt de vraag rond beperkingen en uitzonderingen op het auteursrecht ook in Europa. Deze studie licht bijvoorbeeld een casus uit die niet ontleend is aan de Amerikaanse, maar aan de Europese praktijk, waarbij afnemers van een producent van een documentaire eisen dat een beroep op het citaatrecht in de productie onderbouwd wordt met het oordeel van juridische experts. Daarbij nemen afnemers van de productie in het ene Europese land het oordeel van een jurist in een ander land niet over, omdat ze inschatten dat rechters in verschillende Europese landen – ondanks Europese harmonisatie – anders zullen oordelen over uitzonderingen op het auteursrecht, waar citeren onder valt. Een dergelijke praktijk jaagt de kosten van grensoverschrijdend ondernemen en innovatie de hoogte in. Dit voorbeeld geeft aan dat een beroep op uitzonderingen op het auteursrecht of fair use niet eenduidig uit wetgeving is af te leiden en daarmee onzekerheid in zakelijke relaties introduceert.

Een laatste belangrijk verschil tussen de Amerikaanse en Europese situatie dat in de gesprekken aan bod kwam, is de relatief geringe rol van de zogenaamde *collecting societies* in de Verenigde Staten, in tegenstelling tot Europa. Een mogelijke verklaring hiervoor is de sterke nadruk op individuele onderhandelingen in de VS die de rol van Amerikaanse collectieve beheersorganisaties blijft beperken.³⁰¹ Voor succes van collectieve beheersorganisaties is het van belang dat zij alle, of in ieder geval een groot aantal, rechthebbenden van (een specifieke categorie) werken representeren.³⁰² Wanneer een audiovisueel productiebedrijf of een uitbater van formats bijvoorbeeld gebruik wil maken van beschermde muziekcomposities en -uitvoeringen, vergt dat in de Verenigde Staten veel complexere en kostbaardere procedures dan op het Europese continent. Het afsluiten van directe contracten tussen gebruiker en rechthebbende in plaats van meer op collectieve regelingen gebaseerde relaties, zoals die in Europa gebruikelijk zijn, markeert een ander onderscheid tussen beide juridische culturen en praktijken.

301 Goldstein & Hugenholtz 2013, p. 5.

302 Goldstein & Hugenholtz 2013, p. 277. In de Scandinavische landen bestaat hiervoor bijvoorbeeld het systeem van de 'extended collective license', waarbij licentieovereenkomsten tussen collectieve beheersorganisaties en institutionele gebruikers worden beschouwd als zich uitstrekkend tot rechthebbenden die niet door de organisatie worden gerepresenteerd. Deze rechthebbenden kunnen zich hier echter aan onttrekken door middel van een 'opt-out'. Een andere optie is 'compulsory collective rights management', zoals bijvoorbeeld vervat in Artikel 9(1) van de Europese Richtlijn 93/83/EEG tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel: het recht van rechthebbenden om aan kabelmaatschappijen doorgifte via de kabel van een omroepuitzending toe te staan of te verbieden kan uitsluitend worden uitgeoefend door collectieve beheersorganisaties. Verder is er in veel Europese landen sprake van een juridisch of de facto monopolie voor collectieve beheersorganisaties voor het uitoefenen van de licentie- en andere exploitatie-activiteiten. Zie voor het voorgaande Goldstein & Hugenholtz 2013, p. 276-277.

7. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

De verkenning van de verschillende regimes op het terrein van auteursrecht tussen Europa en de Verenigde Staten met het oog op de vraag op welke wijze die het zakendoen van Nederlandse innovatieve mediabedrijven beïnvloedt heeft een rijk beeld opgeleverd. Om de vraagstelling op een effectieve manier te kunnen beantwoorden hebben we een typologie van innovatieve mediabedrijven ontwikkeld (mediatech bedrijven, digital design agencies en content bedrijven) met hun belangrijkste diensten en producten (software en games, digital design en audiovisuele content en formats). Vervolgens hebben we hun businessmodellen beschreven en aangegeven op welke wijze auteursrechten daar een rol in spelen.

Vanuit dat kader hebben we vervolgens de Amerikaanse en Europese auteursrechtregimes beschreven en geanalyseerd op twee voor mediabedrijven relevante assen: (1) bescherming van eigen werken en (2) de mogelijkheden en condities voor gebruik van werken van derden, op basis van uitzonderingen op het auteursrecht en contractuele afspraken tussen betrokken partijen.

Door in de analyse de nadruk op de verschillen in innovatief mediaondernemerschap en verschillende auteursrechtregimes te beklemtonen, bestaat het gevaar dat het idee postvat dat er niet langer sprake zou zijn van een generiek belang van auteursrecht. Niets is minder waar. In alle activiteiten van media innovators staan activiteiten centraal die gebaseerd zijn op het ontwikkelen, exploiteren, gebruiken, presenteren en toegang geven tot informatie. In het bijzonder gaat het hier om software ('code'), digital design, audiovisuele content en mediaformats. Dit suggereert dat beide aspecten van het auteursrecht – zowel bescherming en gebruik van content – wel degelijk van belang zijn voor deze diversiteit aan activiteiten, en daarmee het begrijpen van dit juridische landschap voor media innovators die over de grens willen kijken. Het auteursrecht is een systeem dat aan de grondslag ligt van informatiemarkten, ze ordent en reguleert.

We hebben vastgesteld dat wet- en regelgeving op het terrein van auteursrecht, mede in de ogen van ondernemers en experts, niet als zodanig zorgt voor barrières om innovatieve producten en diensten te ontwikkelen en aan te bieden op de Amerikaanse of de Europese markt. Auteursrechten maken zakendoen rond media-uitingen juist mogelijk. Echter, het is vooral de juridische cultuur die zorgt voor complexiteit, in het bijzonder de Amerikaanse in vergelijking met de Europese. De rechtenregimes op beide continenten wortelen in verschillende juridische historische tradities, respectievelijk die van utilitarisme en het 'droit d'auteur'. De huidige wet- en regelgeving over auteursrecht is op elk van de continenten gestoeld op de specifieke, van elkaar onderscheiden uitgangspunten. De verschillen daarin worden nog steeds gemarkeerd in wet- en regelgeving en omgang met het principe van auteursrecht, zoals onze analyse laat zien.

We stellen vast dat de interactie tussen wet- en regelgeving over auteursrecht en de praktijk van instituties, tradities, gebruiken en gewoonten leidt tot een specifieke juridische cultuur aldaar. Dat is zowel het geval in de Verenigde Staten als Europa. Die juridische cultuur heeft belangrijke repercussies voor mediaondernemingen die zaken willen doen in de betreffende contexten. In het bijzonder wanneer bedrijven van het ene continent de zakelijke overstap willen maken naar de andere, komt het bestaan van verschillen aan het licht en worden fricties en complexiteit ervaren. Ze worden daarmee, vanuit het perspectief van de innovatieve mediabedrijven, tot barrières voor ondernemerschap en innovatie.

Die barrières zijn juist nu actueler dan ooit, omdat de eerder in deze studie beschreven golf van digitalisering heeft geleid tot online markten die steeds lagere toetredingsdrempels kennen en geografische exploitatiegrenzen obligaats maken. Eerder is ook vastgesteld dat er tal van Nederlandse bedrijven zijn die in de innovatieve voorhoede opereren van de media industrie, in alle drie domeinen zoals we die hier hebben onderscheiden. In hun strategie van internationalisering, die hen onder meer naar de Verenigde Staten leidt, krijgen ze te maken met auteursrechtelijke systemen en juridische culturen die wél begrensd zijn. Verschillende juridische culturen hebben effect op (on)mogelijke activiteiten en zijn dan ook van belang om in internationale strategieën in acht te nemen. Overigens hebben we in onze studie ook kunnen vaststellen dat er ook binnen Europa sprake is van verschillende juridische subculturen, die remmend werken op internationaal mediaondernemerschap.

Een laatste vaststelling op basis van onze verkenning is dat het belang van contracten voor het onderling regelen van rechten en gebruik in de context van het auteursrecht in belang toeneemt. Voor mediatech bedrijven en digital design agencies zijn contracten van belang om zich te kunnen verzekeren van het recht op hergebruik van technologie en kennis, neergelegd in concrete 'lines of code'. Die zijn cruciaal om als innovatief mediabedrijf te kunnen blijven functioneren en naast een portfolio van klanten te werken aan een eigen kennis- en technologiepositie. Ook voor contentbedrijven zijn contracten met duidelijke afspraken van groot belang. Dat geldt bijvoorbeeld voor domeinen waarin het auteursrecht nog onvoldoende helder is over bescherming, zoals in het geval van mediaformats. Contracten met duidelijke afspraken verkleinen de kans op conflicten.

Hoe de verschillen in juridische cultuur tussen de Verenigde Staten en Europa zich in de komende jaren zullen ontwikkelen is niet met zekerheid te zeggen. De globalisering van de media-industrie onder invloed van de digitale revolutie zal echter eerder leiden tot een meer verdere verzakelijking van het auteursrecht dan tot een sterkere positie van de principes van het 'droit d'auteur'. Dat lijkt realistisch gezien de dominante rol van de Amerikaanse bedrijven in de online media-industrie. Hier kan voor het Europese systeem overigens de kanttekening bij worden geplaatst dat recente ontwikkelingen juist de nadruk lijken te leggen op het versterken van de positie van auteurs in het digitale domein. Zie hiervoor bijvoorbeeld de verplichting voor platforms tot het opzetten van content herkenningssystemen, ofwel het 'copyright filter', uit Artikel 13 van de Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt. Naast het gevaar van censuur zal dit voor media innovators (met name kleine bedrijven of startups) een kostbare belemmering vormen.

In ieder geval zijn in deze geschetste context alle maatregelen en programma's die ertoe leiden dat Dutch Media Innovators beter voorbereid zijn bij hun pogingen hun stappen op de Amerikaanse markt te zetten van bijzonder belang. Het verdient zeker aanbeveling om bij innovatieve mediaondernemers de bewustwording van het bestaan van verschillende juridische systemen per land en tussen Europa en de Verenigde Staten te bevorderen, zowel waar het gaat om substantiële verschillen in regelgeving, maar zeker ook als het gaat om juridische 'cultuur'. Kennisuitwisseling en het delen van ervaringen zijn hier nuttig om 'goed beslagen ten ijs' te

komen. Daarbij kunnen zowel 'best practices' als 'fantastic failures' belangrijke leerervaringen vormen.

De rol van een of meerdere nationale overheidsinstanties zou kunnen zijn om op te treden als coördinerend kenniscentrum, ter ondersteuning van en aansluitend bij wat de sector zelf zou kunnen doen. Hierbij zou gedacht kunnen worden aan het opzetten van een sectorspecifiek online 'kennisportal' met informatie over (juridische) zaken waar bedrijven rekening mee moeten houden, bijvoorbeeld bij het maken van een internationale stap naar de VS. Verder kan gedacht worden aan het houden van seminars die gericht zijn op de sector, organisatie van workshops voor startups, enzovoorts. Daarnaast zou de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland een adviserende rol kunnen aannemen, bijvoorbeeld als het gaat om advies omtrent contractuele strategieën of het verzekeren van een gunstige onderhandelingspositie. Het ligt voor de hand om daarbij Nederlandse vertegenwoordigers in het buitenland aan te sluiten en ondernemersnetwerken ter plekke aan te sporen, te organiseren en te mobiliseren om nieuwe Nederlandse innovatieve mediaondernemers overzee bij te staan.

BRONNEN

Literatuur

W. van AnDEL & K. Vandenbempt, *Creative Jumpers, Businessmodellen van Groeiondernemingen in Creatieve Industrieën*. Leuven, Den Haag: Acco, 2012.

C. Angelopoulos, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*, Cambridge: Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIIL) University of Cambridge January 2017, beschikbaar via: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/03/angelopoulos_platforms_copyright_study.pdf.

C. Baden-Fuller & M.S. Morgan, M. S., Business models as models. *Long Range Planning*, 43(2-3), 2010, 156-171.

S. Bechtold 2013, 'The Fashion of TV Show Formats', *Michigan State Law Review* 2013:451, p. 451-512.

'Big Brother creator in court in legal wrangle over idea for The Voice'. *The Guardian*, 17 September 2017.

J.E. Bergman, 'No More Format Disputes: Are Reality Television Formats the Proper Subject of Federal Copyright Protection?', *Journal of Business, Entrepreneurship & The Law* 2011, Vol. IV, p. 243-267.

W. Blocher & M.M. Walter, 'Computer Program Directive', in: M.M. Walter & S. Von Lewinski, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 81-248.

J.M. Breemen, 'Annotatie bij Hof van Justitie EU 3 september 2014 (Deckmyn / Vandersteen)', *European Human Rights Cases*, 2014-12, 249, p. 657-662.

H. Chesbrough, Why companies should have open business models. *MIT Sloan Management Review*, 48 (2), 2007, 22-28.

H. Chesbrough, Business model innovation: Opportunities and barriers. *Long Range Planning*, 43 (2-3), 2010, 354-363.

K.D. Crews, *Copyright Law for Librarians and Educators*, Chicago: American Library Association 2006.

C. Czychowski, 'Germany: The Federal Supreme Court rules on World of Warcraft', *Kluwer Copyrightblog*, 1 juni 2017, beschikbaar via: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/01/germany-federal-supreme-court-rules-world-warcraft/>.

D.S. Dean, 'Hitting Reset: Devising a New Video Game Copyright Regime', *University of Pennsylvania Law Review* 2016, Vol. 164, p. 1239-1280.

G. Dennis & C. Rohsler, 'Minute Winner' loses out in TV format copyright claim', *Global IP & Technology Law Blog*, 1 November 2017, beschikbaar via: <https://www.iptechblog.com/2017/11/minute-winner-loses-out-in-tv-format-copyright-claim/>.

Dutch Digital Agencies / Conclusr Research, *DDA Kengetallen 2016*. Amsterdam: DDA, 2016

Economist Intelligence Unit, *Business 2010: Embracing the Challenge of Change*. London: The Economist, 2005.

M. Favale, 'A Wii too stretched? The ECJ extends to game consoles the protection of DRM – on tough conditions', *European Intellectual Property Review* 2015, Vol. 37, No. 2, p. 101-106.

P. Goldstein and P.B. Hugenholtz, *International Copyright. Principles, Law, and Practice*, New York: Oxford University Press 2013.

S.J. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch: A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright' in M.M.M. van Eechoud (ed.), *The Work of Authorship* (Amsterdam: Amsterdam University Press 2014), p. 95–143.

N.E. Gottlieb, 'Free to Air? – Legal Protection for TV Program Formats', *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 2010 (The Law School The University of Chicago), No. 513, p. 1-55.

M. von Grafenstein, 'The Single Market and copyright protection of formats', *Kluwer Copyrightblog*, 9 mei 2014, beschikbaar via: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2014/05/09/copyright-protection-of-formats/>

M. von Grafenstein, 'Can or should TV and other formats be copyright protected?', *Serie wekelijkse blogposts promovendi Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society*, 5 augustus 2013, beschikbaar via: <https://www.hiig.de/en/can-or-should-tv-and-other-formats-be-copyright-protected/>.

J. Greenberger, 'Young Lawyer's Corner: Video Games, Apps, and the Copyright Act', *American Bar Association Section of Litigation, Business Torts & Unfair Competition* 19 February 2013, p. 1-4 (online geraadpleegd).

P.B. Hugenholtz and M.R.F. Senftleben, 'Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities', Amsterdam, November 2011, pp. 1-30.

E. Huizingh, *Innovatiemanagement* [Tweede Editie]. Amsterdam: Pearson Education Benelux, 2011.

A. Huygen, N. Helberger, P. Rutten, J. Poort & N. Van Eijk. *Ups and Downs. Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games*. Delft: TNO, 2009

- C. Joyce, M. Leaffer, P. Jaszi, T. Ochoa & M. Carroll, *Copyright Law*, New Providence: Matthew Bender & Company (LexisNexis) 2013.
- M. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, New Providence: Matthew Bender & Company (LexisNexis) 2010.
- D. Mac Síthigh, 'The Game's The Thing: Property, Priorities and Perceptions in the Video Games Industries', in: M. Richardson and S. Ricketson (eds), *Research Handbook on Intellectual Property in Media and Entertainment*, Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 344-366.
- J. Magretta, Why business models matter. *Harvard Business Review*, 80(5), 2002, 86-92
- H. Maier, 'Games as Cultural Heritage. Copyright Challenges for Preserving (Orphan) Video Games in the EU', *JIPITEC* 2015, Vol. 6, p. 120-131.
- M. McManis, 'Intellectual Property Protection and Reverse Engineering of Computer Programs in the United States and the European Community', *Berkeley Technology Law Journal* Vol. 8:1 (1993), p. 25-99.
- K. Moon, 'Another nail in the coffin for non-literal software copyright infringement?', *Journal of Intellectual Property and Practice* 2015, Vol. 10, No. 12, p. 921-930.
- L. Küng, *Strategic Management in the Media. Theory to Practice*. [Second Edition], London, 2017.
- J. Poort, P. Rutten, N. van Eijk. Legal, Economic and Cultural Aspects of File Sharing. Communications and Strategies, No. 77, 2010, 35-54.
- M.E. Porter, Strategy and the Internet. *Harvard Business Review*, 79 (3), 2001, 62-78.
- Raad voor Cultuur, *Zicht op zo veel meer. Sectoradvies Audiovisueel*. Den Haag: Raad voor Cultuur, 2018
- A.J. Rathemacher, 'Developing Issues in Licensing: Text Mining, MOOCs, and More', *Technical Services Department Faculty Publications*, The University of Rhode Island 2013 (pre-print; finale versie verschenen in *Serials Review* 39, no. 3, september 2013, p. 205-210.
- Register of Copyrights, *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*, Washington D.C. 2016.
- J. Richardson, The business model: An integrative framework for strategy execution. *Strategic Change*, 17 (5-6), 2008, 133-144.
- E. Rosati(a), 'Italian Supreme Court confirms eligibility of TV formats for copyright protection', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2017, Vol. 12, No. 12, p. 968-969.
- E. Rosati(b), 'Italian Supreme Court confirms availability of copyright protection to TV formats', *The IPKat blog*, 25 september 2017, beschikbaar via: <http://ipkitten.blogspot.nl/2017/09/italian-supreme-court-confirms.html>.
- J. Rubin, 'Television Formats: Caught in the Abyss of the Idea/Expression Dichotomy', *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal* 2005, Vol. 16, p. 663-708.

- P. Rutten & H. van Bockxmeer, *Cultuurpolitiek, Auteursrecht en Digitalisering*. Delft: TNO Strategie, Technologie en Beleid, STB 03-26, september 2003.
- P. Rutten, T. van Mil & F. Visser, *De Kracht van Cross Media in de Netwerkeconomie*. Hilversum: iMMovator, 2010
- P. Rutten & O. Koops, Creatieve industrie: historie, definitie en economisch belang, in Corien Prins, Anton Vedder en Frans van der Zee (Eds.) *Jaarboek ICT en Samenleving 2012. De Transformerende Kracht van ICT*. Media Update Vakpublicaties, 2012, 217-241
- P. Rutten & O. Koops, *Monitor Creatieve Industrie 2016. Nederland, Top-10 Steden, Ontwikkelingen*. Hilversum: iMMovator, 2017, beschikbaar via: http://new.immovator.nl/sites/default/files/content/monitor_creatieve_industrie_2016.pdf
- P. Samuelson, 'An American Perspective on the SAS v. WPL Case', *Kluwer Copyright blog*, 12 juli 2011, beschikbaar via: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2011/07/12/an-american-perspective-on-the-sas-v-wpl-case/>.
- M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague: Kluwer Law International 2004.
- G. Spindler, 'Text und Data Mining - urheber- und datenschutzrechtliche Fragen', *GRUR* 2016, p. 1112-1120.
- B. Spitz, 'Originality of a computer program under French law', *Kluwer Copyrightblog*, 9 januari 2013, beschikbaar via: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/09/originality-of-a-computer-program-under-french-law/>.
- D.J. Teece (2010). Businessmodels, business strategy and innovation. *Long Range Planning*, 43(2-3), 172-194.
- United States Copyright Office Circular 61, 'Copyright Registration of Computer Programs'.
- United State Copyright Office Circular 66, 'Copyright Registration of Websites and Website Content'.
- V. L. Vaccaro & D. Y. Cohn, The Evolution of Business Models and Marketing Strategies in the Music Industry, *The International Journal on Media Management*, 6 (1&2), 2004, 46-58
- D.W.F. Verkade, 'Auteurswet', in: P.G.F.A. Geerts & D.J.G. Visser (Eds), *Tekst & Commentaar Intellectuele Eigendom*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017 (online geraadpleegd).
- D.J.G. Visser, 'Auteurswet', in: P.G.F.A. Geerts & D.J.G. Visser (Eds), *Tekst & Commentaar Intellectuele Eigendom*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017 (online geraadpleegd).

Jurisprudentie

HvJ-EU

Infopaq International t. Danske Dagblades Forening (zaak C-5/08, 2009)
Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany t. Ministerstvo kultury (zaak C-393/09, 2010)
Painer t. Standard VerlagsGmbH & Others (zaak C-145/10, 2011)
Football Association Premier League & Others t. QC Leisure & Others (zaak C-403/08, 2011)
Football Dataco Ltd & Others t. Yahoo! (zaak C-604/10, 2012)
SAS Institute Inc. t. World Programming Ltd (zaak C-406/10, 2012)
Nintendo t. PC Box (zaak C-355/12, 2014)

Nationale rechtspraak

Bundesgerichtshof 26 juni 2003 (Duitsland), *Kinderquatsch mit Michael*, BGH, 26.06.2003, I ZR 176/01.

Bundesgerichtshof 6 oktober 2016 (Duitsland), *World of Warcraft I*, BGH, 06.10.2016, I ZR 25/15.

Corte di Cassazione 27 juli 2017 (Italië), *RTI Reti Televisive Italiane Spa t. Ruvido Produzioni Srl*, 18633/17.

Cour de Cassation 17 oktober 2012 (Frankrijk), *Codix*, 11-21641.

High Court of England and Wales 19 oktober 2017 (Verenigd Koninkrijk), *Banner Universal Motion Pictures Limited t. Endemol Shine Group Limited Friday TV AB NBC Universal Global Networks UK Limited (Minute Winner)* [2017] EWHC 2600 Ch.

Hof Amsterdam 27 juni 2002 (Nederland), ECLI:NL:GHAMS:2002:AE4818 (*Castaway c.s. t. Endemol c.s.*).

HR 19 januari 2018 (Nederland), ECLI:NL:HR:2018:56 (*Diplomatic Card S&B SA en Diplomatic Fuel Service B.V. t. Forax BV*).

Privy Council 18 juli 1989 (Verenigd Koninkrijk), *Green t. Broadcasting Corporation of New Zealand* [1989] RPC 700.

U.S. Court of Appeals Seventh Circuit, 2 maart 1982 (Verenigde Staten), *Atari, Inc. t. North American Philips Consumer Electronics Corp.*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982).

U.S. Court of Appeals Third Circuit, 30 augustus 1983 (Verenigde Staten), *Apple Computer, Inc. t. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

U.S. Court of Appeals Ninth Circuit, 30 november 1988 (Verenigde Staten), *Data East USA, Inc. t. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204 (9th Cir. 1988).

U.S. Court of Appeals Second Circuit, 17 december 1992 (Verenigde Staten), *Computer Associates International, Inc. t. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

U.S. Court of Appeals First Circuit, 9 maart 1995 (Verenigde Staten), *Lotus Development Corp. t. Borland International, Inc.*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995).

U.S. Supreme Court, 20 mei 1985 (Verenigde Staten), *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, No. 83-1632.

U.S. Supreme Court, 5 juni 1989 (Verenigde Staten), *CCNV t. Reid*, 490 U.S. 730 (1989).

U.S. District Court for the District of New Jersey, 30 mei 2012 (Verenigde Staten), *Tetris Holding, LLC and The Tetris Company, LLC t. Xio Interactive, Inc.*, 863 F Supp 2d 394 (D NJ 2012).

U.S. Court of Appeals Second Circuit, 10 juni 2014 (Verenigde Staten), *Authors Guild, Inc. t. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014).

U.S. Court of Appeals Second Circuit, 16 oktober 2015 (Verenigde Staten), *Authors Guild, Inc. t. Google, Inc.*, No. 13-4829-cv (2d Cir. Oct. 16, 2015).

U.S. Court of Appeals Federal Circuit, 27 maart 2018 (Verenigde Staten) *Oracle America, Inc. t. Google, Inc.*, No. 17-1118 (Fed. Cir. 2018).

Regelgeving

Auteurswet (NL)

Memorie van Toelichting Wet Auteurscontractenrecht (MvT, Kamerstukken II 2011/12, 33308, 3)

Nota naar aanleiding van het Verslag Wet Auteurscontractenrecht (NV II, Kamerstukken II 2012/13, 33308, 6)

Richtlijn 2009/24/EG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (ook wel Softwarerichtlijn)

Richtlijn 2001/29/EG betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (ook wel Infosoc Richtlijn)

Voorstel Richtlijn inzake auteursrechten in de digitale eengemaakte markt (dd. 14 september 2016)

US Copyright Act

Webbronnen

Website van AIGA, The Professional Association for Design (Verenigde Staten): <https://www.aiga.org/copyright-basics-for-graphic-designers>

'EU copyright reform/expansion': <https://juliareda.eu/eu-copyright-reform/>

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-hathitrust-2dcir2014.pdf>

<https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/authorsguild-google-2dcir2015.pdf>

<http://ovpitnews.iu.edu/news/page/normal/24146.html>

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cafc/17-1118/17-1118-2018-03-27.html>

https://www.theregister.co.uk/2018/03/29/oracle_google_android/

<https://www.plagiarismtoday.com/2018/03/29/a-brief-history-of-oracle-v-google/>

BIJLAGE 1

Geïnterviewde Sleutelfiguren en Experts

1. Ravinia Thaiwtes Batteau (MediaMonks/RNR Legal)
2. Bruno Felix (Submarine)
3. George Freriks (Freriks Consultancy / New People International)
4. Matthijs Leendertse (ELM Concepts/Erasmus Universiteit)
5. Madelon Olsthoorn (24iMedia)
6. Bas Reinhagen (Talpa)
7. Maaïke van Urk (Talpa)
8. Ralph Verhoef (Angry Bytes)

